Das

gemeine Deutsche Strafrecht

der Gegenwart.

Von

Prof. Dr. L. Pfeiffer,
Dozenten an der Universität Tübingen.

Zweite Abtheilung.

Tübingen, 1860.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
— Laupp & Siebeck. —

Druck von H. Laupp jr.

Uebersicht des Inhaltes

der Zweiten Abtheilung.

Zweites Capitel.

Drittes Capitel.

Viertes Capitel.

Berichtigungen.

Seite 199 Zeile 3 von oben anstatt: „Enzyklöpadie" l. „Enzyklopädie".
Seite 232 Zeile 9 von oben ist „er" am Ende der Zeile zu streichen.
Seite 238 Zeile 4 von oben ist anstatt: „Staatslebens" zu lesen: „Rechtslebens."

Zweiter Haupttheil.

Die positive Begründung und die wissenschaftliche Deduktion

der

richtigen Auffassung der Natur,

Eigenschaft und Bedeutung des heutigen gemeinen deutschen Strafrechtes, gleich wie die Darlegung ihrer Hauptkonsequenzen.

(Positiver Theil.)

Einleitende Vorbemerkung.

Nachdem wir vermittelst der seitherigen, kritischen oder negativen Ausführungen des ersten Hauptheiles das Ziel verfolgt haben, die größere oder geringere Unzulänglichkeit der meisten, in der neueren und neuesten Doktrin vertretenen, Ansichten über die Existenz, die Bedeutung und den juristischen Charakter des heutigen gemeinen deutschen Strafrechtes darzuthun: so wollen wir nun auch unseren eigenen Standpunkt positiv zu begründen, zu beweisen, gleich wie nach allen seinen organischen Seiten und Consequenzen zu beleuchten suchen. Durch diese positive Deduktion soll daher in Betreff vieler Behauptungen und Thesen, welche seither mehr oder minder in der Gestalt von blosen Versicherungen und unbestrittenen oder unbestreitbaren Voraussetzungen ausgesprochen worden sind, der Beweis angetreten, und es soll daher erst hierdurch ihre vollkommene wissenschaftliche Entwicklung geliefert werden. Die folgenden Ausführungen werden demgemäß einen Mangel zu heben suchen, welcher der vorausgegangenen Kritik noch anklebte, und zwar, wie uns scheint, in Folge ihrer individuellen (negativen) Natur und Richtung [1]).

---

1) Hierin ist auch der wissenschaftliche Grund für die im gegenwärtigen Buche befolgte Anordnung des Materiales, beziehungsweise dafür zu suchen, daß wir den negativen Theil dem positiven vorangeschickt haben. Wofern wir die umgekehrte Ordnung befolgt hätten, so wäre hierdurch

Erst jetzt können wir zu einer näheren Prüfung und Erörterung der wissenschaftlichen Grundlagen vorschreiten, auf welchen das ganze Gebäude jener kritischen Reflexionen errichtet worden ist; erst jetzt können wir auch über unsere eigene Auffassung des vorliegenden Problemes dadurch das vollkommene, wahrhaft ausreichende Licht werfen, daß wir sowohl die innere Begründung und Haltbarkeit ihrer Prämissen, als auch die strenge Folgerichtigkeit der hieraus gezogenen Conklusion, einer sorgfältigen Untersuchung und eingehenden Besprechung unterziehen. — Zu diesem Zwecke müssen wir nun aber auf die von den beiden Koryphäen der sog. historischen Rechtsschule, nämlich von Savigny und Puchta, entwickelte Lehre von der Entstehung des Rechtes und den Rechtsquellen zurückgehen, und namentlich den Deduktionen der genannten, so sehr bedeutenden Schriftsteller über den Begriff und das Wesen des sog. wissenschaftlichen Rechtes oder des sog. Juristenrechtes unsere vorzüglichste Aufmerksamkeit zuwenden. Nur auf solchem Wege

---

das Interesse an unseren kritischen Ausführungen sehr wesentlich abgeschwächt worden, und überdies hätte sich die Gefahr einer monotonen, durch die Wiederkehr der gleichen, wenn auch in der Form mannigfaltig variirten, Gedanken leicht ermüdenden, Darstellung kaum vermeiden lassen. In Gemäßheit der hier gewählten Reihenfolge der beiden Haupttheile dieses Werkes können übrigens auch —, worauf wir in der Einleitung S. 24 und 25 bereits hingedeutet haben, — alle abweichenden Standpunkte, welche in der neueren Doktrin sich Geltung verschafft, und welche wir in der ersten Abtheilung einer kritischen Besprechung unterzogen haben, gewissermaßen als das geschichtliche Element betrachtet werden, aus welchem unsere Auffassung des gemeinen deutschen Rechtes der Gegenwart hervorgegangen ist. — „Im Leben, wie in der Wissenschaft, wird das Affirmative später erkannt, als das Negative.“ — Obschon wir auf den, im Texte bemerklich gemachten, Mangel der ersten Abtheilung unseres Buches in dieser selbst auf S. 415 ausdrücklich hingewiesen, und seine künftige Beseitigung zugesichert haben; so ist uns derselbe dennoch in manchen, seither erschienenen, Beurtheilungen zum Vorwurfe gemacht worden.

läßt sich, meiner Ueberzeugung nach, die wahrhafte Lösung des ganzen Problemes erzielen; nur von diesem Boden aus kann der Schlüssel für das bewältigende Verständniß aller hier einschlägigen, so schwierigen und folgenreichen, Fragen gewonnen werden.

Wir wollen also uns bemühen, den Beweis dafür zu erbringen, daß die hier vertretene Auffassung des heutigen gemeinen Rechtes überhaupt, beziehungsweise des heutigen gemeinen Strafrechtes insbesondere, in der That nur als eine Consequenz aus jenen, von Savigny und Puchta gelehrten, Grundprinzipien, und somit als eine reine Schlußfolge aus den, durch die letzteren begründeten, Vordersätzen zu betrachten sei. In der höchsten wissenschaftlichen Instanz würde, diesem Standpunkte zufolge, der innere Werth aller unserer betreffenden Ausführungen von der Entscheidung der Frage abhängen: ob das von uns behauptete Endresultat in Wahrheit als eine Consequenz aus den angedeuteten Prinzipien bezeichnet werden könne, und ob daher der von uns gezogene Schluß als ein stringenter und folgerichtiger sich erweise?

In solcher Richtung scheint mir übrigens im Allgemeinen ein tief liegender und weit greifender Irrthum die gewöhnliche (auf einer Abstraktion beruhende) Vorstellung zu beherrschen. Man pflegt nämlich insgemein von der Voraussetzung auszugehen, daß bei wissenschaftlichen Aufgaben und Untersuchungen von allgemeinerer Natur das hauptsächliche oder entscheidende Interesse in der richtigen Erkenntniß und Feststellung der Prinzipien bestände. Die Ableitung der aus diesen Prinzipien fließenden Consequenzen betrachtet man dagegen in der Regel als eine einfache, rein logische Denkoperation, welche von jedem verständigen Manne vollzogen werden, und daher nur ein sekundäres Interesse in Anspruch nehmen könnte. Allein nach

meiner vollkommensten Ueberzeugung liegt vielmehr in sehr vielen Fällen und Beziehungen der Schwerpunkt des ganzen wissenschaftlichen Interesse's gerade in der richtigen Erkenntniß und Entwicklung der Consequenzen, oder mit anderen Worten in der Ausführung, Auslegung und Entfaltung der Prinzipien. Beide Denkthätigkeiten zusammen begründen erst durch ihre wechselseitig sich ergänzende Funktion die wahre Wissenschaft, und man muß sich daher nach beiden Richtungen hin vor einer gefährlichen Einseitigkeit hüten. Auf der einen Seite darf also der hohe, formelle und materielle, Werth einer richtigen Erforschung und Feststellung allgemeiner Prinzipien in keiner Weise verkannt oder unterschätzt, und auch nicht entfernt der, zuweilen gehegten, Anschauung das Wort geredet werden, als ob auf derartige allgemeine oder abstrakte Gedanken und Grundbegriffe (namentlich für die Gesetzgebung und die praktische Rechtsanwendung) wenig ankäme. Auf der anderen Seite dagegen soll aber auch der selbstständige Charakter und die selbstständige Würde der besonderen Anwendung jener allgemeinen Gedanken oder Prinzipien, beziehungsweise der Ab- und Herleitung ihrer einzelnen Consequenzen, in ihrer vollen Bedeutung aufgefaßt und verdienter Maßen anerkannt werden. Man darf also nicht übersehen, daß eine derartige Schlußfolgerung häufig eine sehr verwickelte, schwierige und umfassende Operation bildet, welche eine für sich bestehende Bedeutung und ein selbstständiges Interesse besitzt [2]). Aus einem und

2) In diesem consequenten Schließen aus leitenden Begriffen offenbart sich namentlich auch die große Meisterschaft der römischen Juristen. Wenn Savigny ihnen die Eigenschaft nachrühmt, daß sie „mit ihren Begriffen rechnen"; so sind unter den „Begriffen" die allgemeinen, leitenden Grundgedanken und Grundsätze zu verstehen, und unter dem

demselben Prinzipe lassen sich oft mehrfache, durchaus verschiedenartige oder sogar diametral einander entgegengesetzte, Consequenzen ableiten, und es kommt daher schließlich auf die Frage an, welche dieser Consequenzen als die richtigen, wahren und sachgemäßen bezeichnet zu werden verdienen? — Man kann in solchem Sinne gewisser Maßen die ganze Rechtswissenschaft als eine geistige Thätigkeit betrachten, durch welche einestheils zu den von den Gesetzen und Gewohnheiten festgestellten, einzelnen Rechtsnormen die Prinzipien oder Grundgedanken aufgesucht und aufgefunden, und andrentheils umgekehrt aus den, von jenen Rechtsquellen oder von ihr selbst begründeten, Prinzipien die richtigen Consequenzen in ihrer ganzen Ausdehnung, gleich wie in ihrer vielfältigen Verzweigung ab- und hergeleitet werden. Diese beiden wissenschaftlichen Funktionen haben übrigens eine blos interpretative

---

„Rechnen mit denselben" ihre confrete An- und Verwendung, oder die Aufdeckung der aus ihnen herzuleitenden, praktischen Consequenzen. Gerade hierin besteht also ihr unerreichbarer juristischer Takt, durch welchen sie das lebendige Ineinanderspielen jener allgemeinen Gedanken in der sichersten Weise beherrschen, und die unerschöpfliche Fülle des wirklichen Rechtslebens auf solche einfache Begriffe und Gesetze zurückzuführen verstehen. Obwohl daher die formelle Fassung ihrer Begriffe, oder ihre Definitionen anerkannter Maßen nicht selten eine mangelhafte Gestalt an sich tragen; so influirt doch dieser äußerliche Mangel keineswegs auf den inneren Gehalt und das materielle Wesen ihrer juristischen Anschauungen und Gedanken, noch auch auf deren confreten Gebrauch. In der letzteren Beziehung insbesondere, d. h. in der Subsumtion der Lebensverhältnisse unter jene allgemeinen Begriffe, oder beziehungsweise in der Anwendung der letzteren auf die erstern, operiren sie mit einer unfehlbaren Naturkraft, gewissermaßen, wenn ich so sagen darf, mit dem Instinkte des juristischen Verstandes. In dieser taktvollen Beherrschung des Allgemeinen und des Besonderen, m. a. W. in dieser kunstmäßigen Vereinigung der Theorie und Praxis des Rechtes besteht also die Genialität der klassischen Juristen der Römer.

Natur, obwohl man gewöhnlich nur und allein der letzteren, nicht aber auch der ersteren Geistesthätigkeit eine solche Eigenschaft zuerkennen will [3]). — In der angedeuteten Richtung ist nun auch das Hauptinteresse für die befriedigende Handhabung und Anwendung unserer modernen Gesetzbücher (oder auch einzelner Gesetze) gelegen, da bei denselben das vornehmlichste Augenmerk des Auslegers dahin gerichtet sein muß, die aus ihren Begriffen und Sätzen fließenden, einzelnen (direkten und indirekten, näheren und entfernteren) Consequenzen in dem ganzen Reichthume ihres praktischen Details aufzudecken und zu entwickeln. Diese Auslegung selbst bildet demzufolge ein technisches Geschäft, welches nur von einem wissenschaftlich gebildeten Juristen mit dem gehörigen, ausreichenden Erfolge vollzogen werden kann; denn hiefür wird die Kenntniß des ganzen Zusammenhanges der Gesetzgebung, beziehungsweise des ganzen Organismus und Systemes des bestehenden Rechtes (welche Kenntniß nur durch wissenschaftliches Studium in der entsprechenden Weise erlangt zu werden vermag) noth-

---

3) Ueber diese Behauptung werden unsere späteren Ausführungen über das Wesen der Auslegung und analogen Anwendung der Rechtsnormen das nähere Licht verbreiten.

In den Kreis solcher Betrachtungen fällt auch die, in neuester Zeit von Ihering in der Einleitung zu den, von ihm in Gemeinschaft mit Gerber herausgegebenen, „Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts," Bd. I. S. 7—21, gleich wie im „Geist des römischen Rechts", Bd. II. Abthl. 2. S. 386 u. ff. aufgestellte und entwickelte, Unterscheidung zwischen einer höheren und niederen, oder produktiven und rezeptiven Jurisprudenz. Die blose Interpretation rechnet er zu der letzteren, die Anwendung der Analogie dagegen zu der ersteren. Auch diese scharfsinnigen und geistreichen Deduktionen Ihering's werden wir im späteren Verlaufe unserer Darstellung nochmals kurz berühren, wiewohl hier selbstverständlich nicht der Ort ist, dieselben einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

wendig vorausgesetzt [4]). — Aus diesem, hier kurz berührten und häufig nicht beachteten, oder sogar verkannten, Sachverhalte erklärt sich nun auch die, an und für sich so befremdliche, Erscheinung, daß viele Schriftsteller zwar in den hier adoptirten Grundprinzipien, also in den Prämissen, vollkommen mit uns übereinstimmen (was freilich Angesichts der überaus großen Autorität ihrer Schöpfer, nämlich Savigny's und Puchta's, keine sonderliche Verwunderung zu erregen vermag); aber gleichwohl die hieraus für das vorliegende Problem gezogene Consequenz, also die Conklusion aus jenen Vordersätzen, entweder nicht anerkennen, oder doch mindestens nicht zum klaren und bestimmten Bewußtsein sich erheben. Alle Schriftsteller der erwähnten Kategorie theilen mit uns die Auffassung der 3 Rechtsquellen, nämlich des gesetzlichen, des gewohnheitlichen und des wissenschaftlichen Rechtes. Wenn und insoferne wir nun aber einen Schritt weiter gehen, indem wir als eine Consequenz dieser Grundanschauung behaupten, daß die Wissenschaft auch eine Quelle für unser heutiges gemeines deutsches Recht überhaupt, gleich wie für unser heutiges gemeines deutsches Strafrecht insbesondere, bilde und begründe: so wollen sie uns hierin keineswegs folgen, oder doch nur mit größeren oder geringeren Vorbehalten und Modifi-

4) Ueber diese Nothwendigkeit der juristischen Bildung für die Beherrschung des Rechtes, gleich wie über diejenige Entwicklungsstufe desselben, welche eine solche Theilung der Arbeit als unvermeidlich erscheinen läßt, liefert Jhering, Geist des römischen Rechts, Th. II. Abth. 2. S. 324 bis 338, sehr schöne und durchsichtige Ausführungen. Besonders beachtenswerth ist der treffende Ausspruch auf S. 324 und 325: „Nicht der Jurist ruft den Wendepunkt, sondern der Wendepunkt den Juristen hervor; der Laie tritt nicht zurück, weil der Jurist ihn verdrängt, sondern der Jurist tritt auf, weil der Laie ihn nicht mehr entbehren kann.“ — Zu vergl. auch die herrlichen Ausführungen Kierulff's in seiner Theorie des gemeinen Civilrechts, Einleitung S. XXII.

kationen, beziehungsweise mit einer größeren oder geringeren Scheu vor der Anerkennung einer solchen scharfen, strengen und ernsten Consequenz. Die ganze Tendenz der gegenwärtigen (zweiten) Abtheilung unserer Schrift ist nun dahin gerichtet, die innere Begründung, die vollkommene Folgerichtigkeit und die thatsächliche Realität jener, von uns behaupteten, Consequenz zu erhärten.

Wenn wir übrigens in der ersten Abtheilung S. 13—16 die Behauptung aufgestellt haben, daß die hier vertretene Auffassung des gemeinen Rechtes als „eine einfache, rein logische, mit Nothwendigkeit resultirende, Consequenz" aus den Savigny-Puchta'schen Prinzipien über die Rechtsquellen zu betrachten sei: so darf dieser Ausdruck (worauf schon die, sogleich angefügte, ausdrückliche Verweisung auf den zweiten oder positiven Theil hingedeutet) blos im subjektiven Sinne, d. h. blos im Sinne der individuellen Ueberzeugung des Verfassers, genommen werden, und muß in den so eben gegebenen Ausführungen seine nähere Erläuterung finden. Denn die Frage: ob und inwieferne das von uns verfochtene Hauptresultat die Eigenschaft einer solchen Consequenz wirklich für sich in Anspruch nehmen könne? bildet ja gerade den Streitpunkt, um welchen sich die Meinungsverschiedenheit zwischen uns und Denjenigen dreht, welche die allgemeine wissenschaftliche Grundlage mit uns gemein haben. — Unsere Schrift macht also, ihrem positiven Hauptergebnisse nach, eine doppelte Autorität für sich geltend, nämlich eine, wenn ich so sagen darf, subjektive und objektive. Nach der ersteren Seite hin können wir die berühmten Namen der eminenten Häupter der (romanistischen) Rechtswissenschaft unserer Zeit zu unserer Unterstützung aufrufen, und dieselben als die klassischen Zeugen für die Richtigkeit des hier einge-

nommenen Standpunktes bezeichnen. Allein bei dem Mangel einer maßgebenden, zweifellosen Aeußerung jener Meister über die von uns behandelte, controverse Grundfrage (zu vergleichen: Abtheilung I, Note 10, Seite 12—15) läßt sich diese Autorität nicht mit der entsprechenden, zuverläßigen Sicherheit constatiren und nachweisen (weshalb sie auch unter Umständen als eine erschlichene prädizirt werden könnte). Nach der letzteren Seite hin gründen wir dagegen alle unsere betreffenden Deduktionen und deren Ergebnisse auf die objektive Autorität der, von Savigny und Puchta gelehrten, Grundgedanken und Grundbegriffe des Rechtes, gleichsam auf die innere Zeugungskraft dieser Prinzipien. Wir behaupten also, daß diese Prinzipien selbst, falls sie richtig aufgefaßt, angewendet und entwickelt werden, zu den hier aufgedeckten Folgesätzen hinführen, daß sie gewisser Maßen zu den von uns verfochtenen Conklusionen sich selbst-erweitern. Eine solche objektive oder sachliche Autorität trägt daher ihren Werth, Maßstab und Nachweis in sich selbst; eben deßhalb müssen wir auf sie den Hauptnachdruck legen, und daher auf sie (so unschätzbaren Werth auch die Uebereinstimmung mit jenen Coryphäen der neueren Rechtswissenschaft selbstverständlich für uns besitzen würde, wofern nur ihre Realität nachgewiesen werden könnte) in erster und letzter Instanz provoziren.

Die Ausführungen des vorliegenden zweiten Haupttheiles werden nun folgenden Gang nehmen. Zunächst wollen wir die Grundzüge der Savigny-Puchta'schen Lehre über die Rechtsquellen überhaupt und über das wissenschaftliche Recht insbesondere in einer näher eingehenden Weise schildern. Hierauf sollen einige abweichende Auffassungen,

welche in der neueren Doktrin sich Geltung verschafft, und zwar namentlich die, jener Lehre entgegengestellten, Theorien Beseler's und Maurenbrechers, einer kritischen Besprechung unterzogen werden. An der Hand der, in solcher Weise ermittelten und gegen Anfechtung geschützten, juristischen Grundprinzipien wird nun weiterhin deren Zusammenhang mit unserem besonderen Probleme aufgedeckt, und der Weg nachgewiesen werden, auf welchem durch die consequente Handhabung und Verwendung jener ersteren die vollkommene Lösung dieses letzteren vermittelt werden kann. — Am Schlusse endlich werden auch noch die vornehmlichsten Consequenzen dargelegt werden, welche aus unserem, solchergestalt näher begründeten, Standpunkte für die strafrechtliche Theorie, Praxis und Gesetzgebung resultiren. In dieser Beziehung werden wir namentlich den Einfluß unserer Auffassung auf die Frage der (gegenwärtigen oder künftigen) national-deutschen Gesetzgebung, auf den Charakter, den Gang und die Richtung der partikularen Landesgesetzgebungen, gleich wie endlich auf die, besonders bei dem akademischen Rechtsunterrichte zu befolgende, wissenschaftliche Methode näher zu bestimmen suchen.

Erstes Kapitel.

Die Theorie Savigny's und Puchta's über die Entstehung, die Entwicklung und die Fortbildung des positiven Rechtes, beziehungsweise über die drei höchsten Rechtsquellen.

§. 1.

Jede wissenschaftliche Forschung über die, hier uns beschäftigenden, obersten Probleme und Grundfragen des positiven Rechtes muß ihren Ausgang nehmen von Savigny's vortrefflicher Schrift: „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (zum ersten Male im Jahre 1814, in dritter Auflage zu Heidelberg 1840 erschienen). Zwar hatte schon früher Hugo in mehreren seiner Werke, und zwar namentlich in seinen Lehrbüchern über die juristische Enzyklopädie, 6te Auflage §. 26 u. 27, und die Philosophie des positiven Rechtes, 4te Auflage §. 153 und 154 (im ersten und zweiten Bande des „Lehrbuchs eines civilistischen Cursus") die in Savigny's Schrift entwickelten, leitenden Gedanken mittelst geistreicher Andeutungen berührt und skizzirt. Allein alle seine deßfallsigen Bemerkungen enthalten eben weiter nichts, als bloße Andeutungen: sie bilden bloße, geistreiche Aperçüs, keine streng-wissenschaftlichen Deduktionen. Obwohl sich daher einerseits nicht längnen läßt, daß Hugo's Anschauung auf

einer richtigen Erkenntniß des wahren Sachverhaltes beruht, so hat er doch andererseits den betreffenden Gedanken und Begriffen keineswegs eine solche nähere Begründung, Entwicklung, Aus- und Durchführung gegeben, wie sie die Wissenschaft erfordert [5]). Da nun diese letztere erst Savigny geliefert hat, so kann auch er erst als der eigentliche, wissenschaftliche Urheber der in Frage stehenden Lehre betrachtet werden; wiewohl — nach seiner eigenen, mehrfach geäußerten, Mahnung — dem Hugo zukommenden Verdienste der ersten Anregung ein dankbares Andenken bewahrt bleiben mag [6]).

---

5) Eine solche wissenschaftliche Begründung und Entwicklung der in dieser Lehre leitenden Grundgedanken kann man auch nicht in dem trefflichen Aufsatze finden, welchen Hugo in seinem „Civilistischen Magazin", Bd. 4. Nr. 4. S. 89—134, mit der Ueberschrift geliefert hat: „Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten." Obwohl diese Abhandlung im Einzelnen von geistreichen und humoristischen Bemerkungen wahrhaft strotzt, und obwohl sie in überraschender Weise auf manche Seite der in Frage stehenden, schwierigen Lehre das hellste Licht wirft; so leidet doch auch sie an dem im Texte angedeuteten Mangel. Auch sie bewegt sich mehr in scharfsinnigen Einfällen und abgerissenen Reflexionen, als in einer logischen Ordnung, strengen Folge und zusammenhängenden Entwicklung der Gedanken.

6) Eine solche dankbare Erinnerung an dieses spezielle Verdienst Hugo's enthält z. B. Savigny's erwähnte Schrift: „Vom Beruf unserer Zeit", S. 14 und 15. Den Verdiensten Hugo's um die Förderung und Hebung der deutschen Rechtswissenschaft überhaupt hat Savigny einen eigenen kleinen Aufsatz gewidmet, welcher aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft in dem 4ten Bande seiner „vermischten Schriften", S. 195—208, wiederabgedruckt ist. —

Uebereinstimmend mit der im Texte vertheidigten Auffassung schreiben Hugo das bloße Verdienst der „Anbahnung" der Grundrichtung und prinzipiellen Anschauung der sog. historischen Rechtsschule zu: Stahl, die Philosophie des Rechts, 3te Auflage von 1854—56, Band I. Buch 6, Abschn. 2. S. 571; Bluntschli, die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 13; rc. — Einen ähnlichen Sinn hat es wohl auch, wenn Puchta in seiner „Enzyklopädie, als Einleitung zu Institutionen-Vor-

Die in der erwähnten Schrift Savigny's nach ihren wesentlichen Grundzügen dargelegten Gedanken und Prinzipien hat Puchta mit der ganzen Kraft seines produktiven Geistes aufgenommen, und mit der ihm eigenthümlichen Schärfe des Ausdruckes näher formulirt. In verschiedenen seiner Werke, und zwar namentlich in seinem ausgezeichneten Buche über das Gewohnheitsrecht, hat er für die präcise Feststellung, mehrseitige Entwicklung und tiefere Ausbildung jener Lehre sehr verdienstreiche Beiträge geliefert. Endlich hat Savigny selbst wieder, die von Puchta entwickelten Resultate im Wesentlichen an- und aufnehmend, im ersten Bande seines „Systemes des heutigen Römischen Rechts" mit geübter Meisterhand die fragliche Theorie über die Rechtsquellen ausgeführt, abgerundet und vollendet. Nach der hier angegebenen Reihenfolge wollen wir nun auch die einzelnen Aeußerungen der mehrgenannten zwei Autoritäten wiederzugeben, und in solcher Weise die charakteristischen Grundzüge der ganzen, in Frage stehenden, Lehre zu schildern versuchen [7]).

A. Was nun zunächst die Schrift Savigny's über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" betrifft, so sind die darin vertretenen Hauptresultate (nämlich

lesungen," S. 67 und 68, über die Frage: ob Hugo zur geschichtlichen Schule gehöre? sich dahin ausspricht, daß diese Frage mit gleichem Rechte bejaht und verneint werden könnte. — Ueber den philosophischen Standpunkt Hugo's fällt ein analoges Urtheil: Stahl a. a. O. S. 585.

7) Der, im Folgenden näher geschilderten, Grundanschauung der historischen Schule über die Entstehung und Entwicklung des Rechtes hat bekannter Maßen Eichhorn innerhalb des deutschen (germanischen) Rechtes und Stahl innerhalb der Rechtsphilosophie den entsprechenden Ausdruck verliehen, gleich wie eine verbreitetere Anerkennung zu verschaffen gesucht. Auf einzelne, in solcher Richtung gelegene, Aeußerungen dieser bedeutenden Schriftsteller werden wir später zurückkommen.

in Bezug auf die Frage nach der Zeitgemäßheit einer allgemein-deutschen Gesetzgebung) wohl auch noch für unsere Gegenwart in ihrer vollen Bedeutung und in ihrem ganzen Umfange aufrecht zu erhalten. Obschon daher in wenigen Jahren bereits ein halbes Jahrhundert verflossen sein wird, seitdem Savigny erstmals seine mahnende und warnende Stimme über jene berühmte Streitfrage erhoben hat; obschon fernerhin die großen, sehr bedeutungsvollen Fortschritte, welche unterdessen die deutsche Rechtswissenschaft, und zwar namentlich unter der Führerschaft und Mitwirkung des Hauptes der sog. historischen Schule selbst, gemacht hat, nicht verkannt oder zu geringe angeschlagen werden dürfen: so hat dennoch der, von ihm so treffend geschilderte, Grundcharakter unseres Rechtszustandes und unserer juristischen Bildung überhaupt keine spezifische oder generische Aenderung erlitten. Auch jetzt noch verdient daher Savigny's Gesammturtheil über die Frage nach der Abfassung eines national-deutschen Gesetzbuches die vollkommenste Billigung, und Derjenige, welcher sich nicht durch die Oberfläche unserer Zustände täuschen läßt, wird im Allgemeinen dessen Ausführungen auch noch für die Gegenwart als durchaus berechtigt und zutreffend anerkennen. Von dieser Hauptseite der Savigny'schen Schrift müssen wir jedoch an gegenwärtiger Stelle zunächst abstrahiren, indem wir uns vorbehalten, im späteren Verlaufe unserer Darstellung (im 4ten Kapitel) derselben eine kurze Betrachtung zu widmen. Hier interessirt uns nur Savigny's Auffassung und Schilderung der höchsten Rechtsquellen überhaupt, und in solcher Richtung enthält das mehrgenannte Buch vorzugsweise die folgenden, beachtenswerthen Resultate: — Die Erzeugung und Bildung des positiven Rechtes geht vom Volke aus, und zwar vom Volke in seiner natürlichen Einheit oder

Individualität. Hieraus erklärt sich auch die geschichtliche Thatsache, daß die positiven Rechte nach den verschiedenen Völkern sich ab- und unterscheiden, und daß jedes Volk gerade so, wie seine besondere Sprache, Sitte und Verfassung, auch sein besonderes Recht besitzt.

In den ursprünglichen und anfänglichen Zeiten der geschichtlichen Entwicklung eines Volkes tritt nun dessen Recht fast durchgängig in der Gestalt der unmittelbaren Sitte auf. Es erscheint also als sog. Gewohnheitsrecht, welches vom Volke selbst unmittelbar gewußt und beherrscht wird. Diese Jugendzeit der Völker ist zwar arm an Begriffen, genießt aber ein klares Bewußtsein ihrer Zustände, indem sie diese ganz und vollständig fühlt und durchlebt.

Das Recht jener ursprünglichen Zeiten ist daher reich an symbolischen Handlungen, welche die Entstehung und den Untergang der Rechtsverhältnisse begleiten. Diese förmlichen, sinnlich anschaulichen Handlungen, deren Ernst und Würde der Bedeutsamkeit der Rechtsverhältnisse selbst entspricht, könnte man für jene Periode als die „Grammatik des Rechtes" bezeichnen (S. 10).

Der angedeutete Zusammenhang des Rechtes mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich nun aber (entsprechend der Entwicklung der Sprache) auch im Fortgange der Zeiten. „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert" (S. 11). Es giebt daher für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes (eben so wenig, als für die Sprache), und dasselbe ist, gleich allen übrigen geistigen Richtungen des Volkes, einer mit innerer Nothwendigkeit sich vollziehenden Bewegung und Entwicklung unterworfen.

Da nun aber bei steigender Cultur alle Thätigkeiten des Volkes sich immer mehr sondern, und die ursprünglich gemeinsamen Funktionen von nun an in Folge der Theilung der Arbeit von besonderen Ständen übernommen werden; so folgt auch das Recht diesem allgemeinen Zuge der Entwicklung. Dasselbe nimmt in einer solchen vorgerückten Zeit einen wissenschaftlichen Charakter an, und fällt jetzt größtentheils dem Stande der Juristen anheim, durch welchen das Volk, dessen Bewußtsein das unermeßliche Detail des Rechtes nicht mehr zu beherrschen vermag, in dieser Funktion vertreten wird. „Das Dasein des Rechtes ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu sein nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. Aus dem Zusammenwirken dieses doppelten Lebensprinzips erklären sich alle späteren Erscheinungen, und es ist nunmehr begreiflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkühr und Absicht, entstehen kann. Der Kürze wegen nennen wir den Zusammenhang des Rechtes mit dem allgemeinen Volksleben das politische Element, das abgesonderte, wissenschaftliche Leben des Rechtes aber das technische Element desselben" [8]).

8) Nach diesem doppelten Elemente unterscheidet Savigny auch das Recht in ein natürliches (in solchem besonderen, das unmittelbare Volksrecht bezeichnenden, Sinne des Wortes) und ein gelehrtes. — Auch weist er auf den Einfluß hin, welchen theils fremdes Recht, theils die Gesetzgebung auf den Gang der Rechtsentwicklung üben, gleich wie auf die Verschiedenheiten, welche hinsichtlich der Herrschaftsgrenzen eines bestimmten Volksrechtes sich ergeben könnten. „Wie nämlich dasselbe Volk —, sagt er S. 14, — sich in viele Stämme verzweigt, Staaten sich vereinigen oder zerfallen, so muß bald dasselbe Recht mehreren unabhängigen Staaten gemein sein, bald in verschiedenen Theilen desselben Staates, neben gleichen Grundzügen des Rechtes, eine große Mannigfaltigkeit einzelner Bestimmungen gelten."

Alles Recht entsteht also zunächst durch die Sitte und den Volksglauben, oder auf dem Wege des sog. Gewohnheitsrechtes; hierauf wird dasselbe durch die Jurisprudenz entwickelt und fortgebildet. Das Recht wird daher überall durch innere, still wirkende Kräfte, keineswegs aber durch die Willkühr eines Gesetzgebers erzeugt.

Das Verhältniß der Gesetzgebung zu dem Volksrechte, und zwar sowohl zu dem sog. Gewohnheitsrechte, als auch zu dem sog. Juristen- oder wissenschaftlichen Rechte, schildert Savigny, seinen Grundzügen nach, folgender Maßen:

Die Gesetzgebung hat vornehmlich eine doppelte Funktion. Entweder nämlich ist sie dazu bestimmt, das vorhandene Recht abzuändern und neues Recht einzuführen, weil eine solche Reform durch höhere politische Rücksichten als geboten erscheint. Oder sie ist dahin gerichtet, der im Volke lebenden Gewohnheit zu Hülfe zu kommen, und etwaige, durch diese begründete, Schwankungen oder Zweifel zu beseitigen, gleich wie auch solche Punkte zu fixiren, welche nach ihrer Natur eine mehr oder minder willkührliche und rein positive Anordnung erheischen, z. B. die Fristen der Verjährung.

Eine weitere Funktion der Gesetzgebung, welcher für unsere modernen Zeiten eine sehr große Bedeutung zukommt, besteht nun aber in der Aufzeichnung des gesammten vorhandenen Rechtsvorrathes eines Staates, m. a. W. in der Abfassung eines vollständigen Gesetzbuches mit dem Charakter der Exklusivität oder der ausschließlichen formellen Geltung (der s. g. Codifikation). An diese besondere Art der legislatorischen Thätigkeit knüpft nun Savigny die Ausführungen über das Hauptthema seiner Schrift an, nämlich über die Frage nach der Abfassung eines allgemeinen deutschen Gesetzbuches. Er erörtert diese Frage vorzugsweise von der

technischen Seite her, und bestreitet in solcher Richtung den Beruf und die Fähigkeit unserer Zeit für die entsprechende Vollführung des, so vielfach gewünschten, National-Werkes. Seine Ansicht von den unüberwindlichen Schwierigkeiten und Inkonvenienzen eines derartigen Unternehmens sucht er namentlich auch durch eine schlagende Kritik der Grundmängel der 3 bedeutendsten Gesetzbücher der neueren Zeit, — nämlich des Oestreichischen Gesetzbuches, des Preußischen Allgemeinen Landrechtes und des Code Napoléon, — praktisch zu begründen und zu erhärten. Die von ihm verfochtenen Hauptresultate conzentrirt er am Schlusse seiner Schrift auf S. 161 mit folgenden wenigen, auch für den hier eingenommenen Standpunkt überaus charakteristischen, Sätzen:

„Ich fasse nochmals in kurzen Worten zusammen, worin meine Ansicht mit der Ansicht der Freunde eines Gesetzbuches übereinstimmt, und worin sich beide unterscheiden. In dem Zwecke sind wir einig: wir wollen Grundlagen eines sicheren Rechtes, sicher gegen Eingriff der Willkühr und ungerechter Gesinnung; desgleichen Gemeinschaft der Nation und Conzentration ihrer wissenschaftlichen Bestrebungen auf dasselbe Objekt. Für diesen Zweck verlangen sie ein Gesetzbuch, was aber die gewünschte Einheit nur für die Hälfte von Deutschland hervorbringen, die andere Hälfte dagegen schärfer, als vorher, absondern würde. Ich sehe das rechte Mittel in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann. — Auch in der Beurtheilung des gegenwärtigen Zustandes treffen wir überein, denn wir erkennen ihn beide für mangelhaft. Sie aber sehen den Grund des Uebels in den Rechts-

quellen, und glauben durch ein Gesetzbuch zu helfen: ich finde ihn vielmehr in uns, und glaube, daß wir eben deßhalb zu einem Gesetzbuche nicht berufen sind."

---

§. 2.

B. Die in dem vorhergehenden §. 1 kurz wiedergegebenen Grundgedanken Savigny's über die Entstehung und fortschreitende Entwicklung, beziehungsweise über die Quellen des Rechtes, hat nun, — mit vorzüglicher Rücksicht auf das unmittelbar vom Volke erzeugte und in seiner Sitte hervortretende Recht, d. h. auf das sog. Gewöhnheitsrecht im engeren Sinne, — Puchta nach allen ihren organischen Seiten, Zusammenhängen und Consequenzen in einem, diesem Gegenstande besonders gewidmeten, Buche näher ausgeführt und ausgebildet. So überaus interessant, lehrreich und geistvoll übrigens auch der Inhalt dieses trefflichen Werkes über „das Gewohnheitsrecht" ist; so sehr wir auch überdies von der Ueberzeugung uns durchdrungen fühlen, daß dasselbe bei vielen heutigen Juristen keineswegs diejenige sorgfältige und eingehende Beachtung gefunden hat, welche es nach seiner wahrhaften Bedeutung verdient [9]) —: so können wir uns doch hier einer näheren Darlegung seiner umfassenden De-

---

9) Ein äußerlicher Beleg für diese Behauptung (welche wir nach ihren innerlichen Momenten hier nicht zu rechtfertigen und zu beweisen vermögen, obwohl ihr auch in solcher Richtung der Gegenstand oder das Problem unserer Schrift selbst zur genügenden Stütze dient) kann wohl schon in dem Umstande gefunden werden, daß das genannte, treffliche Buch Puchta's bis jetzt (1859), also in einem mehr, als zwanzigjährigen Zeitraume, noch keine zweite Auflage erlebt hat.

duktionen füglich überheben, indem wir uns nur vorbehalten, im Verlaufe der künftigen Darstellung an geeigneter Stelle die eine oder andere, besonders prägnante, Aeußerung jenes Buches aufzunehmen (wie wir dies auch in der ersten Abtheilung bereits vielfach gethan haben). Die materiellen Ausgangspunkte und Resultate seiner Schrift über das Gewohnheitsrecht hat nämlich Puchta in einigen seiner späteren Werke nach ihren wesentlichen Momenten in conzentrirter Darstellung wiederholt, ja sogar einzelne Punkte und Seiten seiner betreffenden Lehre durch klareren, bestimmteren und vollkommeneren Ausdruck hierin noch verbessert. Für unseren Zweck genügt es daher, die Aussprache Puchta's in seinem Lehrbuche der Pandekten, gleich wie in der enzyklopädischen Einleitung zum Cursus der Institutionen an gegenwärtiger Stelle in Bezug zu nehmen. — Ueber die Entstehung des Rechtes und seine Quellen überhaupt äußert er sich in den „Pandekten" (6te Auflage von 1852) §. 30 folgender Maßen:

„Das Recht ist eine gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden. Die Entstehung eines Rechtssatzes ist daher die Entstehung einer gemeinsamen Ueberzeugung, welche die Kraft in sich trägt, das, was sie als Recht erkennt, zur wirklichen Ausführung zu bringen. Diese Kraft hat der Wille einer Nation, sofern er zugleich Anstalten hervorbringt, die das dem Rechte Gemäße gegen den seiner Anerkennung sich Weigernden durchsetzen. Das Subjekt der rechtlichen Ueberzeugung ist die Nation oder ein in der gesammten Nation als Glied derselben enthaltenes, engeres nationelles Ganzes; nicht immer aber ist die Hervorbringung des Rechtes eine unmittelbare Thätigkeit des Volkes, das Volk kann in dieser Funktion auch durch eine auf seinen Willen

zurückführende Vertretung thätig werden. So geschieht es, daß wir drei Wege der Rechtsentstehung, drei Rechtsquellen zu unterscheiden haben; unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft, welchen die Eintheilung des Rechts in Gewohnheitsrecht, gesetzliches Recht, Recht der Wissenschaft entspricht."

Das Wesen des Gewohnheitsrechtes insbesondere charakterisirt er in §§. 11 und 12 mit folgenden treffenden Zügen: „Gewohnheitsrecht ist das in dem Bewußtsein des Volkes unmittelbar entstandene und in seiner Sitte (Uebung, Gewohnheit) erscheinende Recht. Der Grund seiner Existenz liegt in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Volksüberzeugung, die Uebung bringt es zur Anschauung. Gewohnheit, Herkommen, usus, consuetudo, ist nicht die Quelle des Gewohnheitsrechtes, sondern nur die äußere Gestalt, in der es sich verkörpert. Kein Gewohnheitsrecht besteht ohne diesen Körper, aber er ist ihm im Allgemeinen so wenig eigenthümlich, daß auch anderes Recht in ihm sich darstellen kann, das dadurch keineswegs Gewohnheitsrecht in unserem Sinne wird, ja sogar für Gerechtsame läßt sich etwas Aehnliches denken, welches auch wirklich in unserer Rechtssprache ebenfalls consuetudo, Herkommen genannt wird. Der Grund aber, auf welchem die Gültigkeit der rechtlichen Volksüberzeugung selbst und damit das Gewohnheitsrecht beruht (sei es ein gemeines, in der Ueberzeugung des Volkes als Ganzen, oder ein partikuläres, in der einer Abtheilung der Nation gegründetes), ist weder die Genehmigung des Gesetzgebers, noch irgend ein anderer, außerhalb der Sache liegender, sondern der, daß das Recht selbst etwas Nationelles ist, und ohne seine unmittelbare Ent-

stehung aus dem Bewußtsein des Volkes auch die vermittelte durch die übrigen Rechtsquellen nicht denkbar wäre.

Gewohnheitsrecht ist vorhanden, wenn ein Satz in der Ueberzeugung des Volkes als Rechtssatz besteht. Dazu gehört nicht, daß alle Einzelnen sich desselben bewußt sind (die Ueberzeugung der Gesammtheit ist nicht nothwendig eine aktuelle Ueberzeugung Aller), es giebt Rechtssätze, die ihrer Natur und ihrem Gegenstand nach nur in gewissen Kreisen der Volksglieder hervortreten, und auch für Rechtssätze allgemeinerer Anwendung wird das lebendige Bewußtsein von dem Grade der Einsicht, von Lebensart und Beruf der Einzelnen abhängen."

Das Recht der Wissenschaft endlich deduzirt und schildert er im §. 16 auf folgende prägnante Weise:

„Die Thätigkeit der Wissenschaft ist theils eine rezeptive, Erkenntniß des durch die übrigen Rechtsquellen gegebenen Rechtes, darauf bezieht sich Kritik und Interpretation; theils eine produktive, wodurch die Wissenschaft selbst in die Reihe der Rechtsquellen eintritt.

Das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung und der gesetzgebenden Gewalt beruhende Recht wird durch die wissenschaftliche Thätigkeit auf seine Prinzipien zurückgeführt, und als ein System, ein Ganzes von gegenseitig sich voraussetzenden und bedingenden Sätzen begriffen. Auch das vollständigste Gewohnheits- und gesetzliche Recht aber wird sich gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit stets neu sich erzeugender Rechtsverhältnisse unvollständig erweisen, diese Lücken zeigt zugleich das System auf, und füllt sie aus. In vielen Fällen wird sich der Richter von der aktuellen Volksüberzeugung und Gesetzgebung verlassen finden, hier tritt die Wissenschaft als ergänzende Rechtsquelle ein,

indem sie den anzuwendenden Rechtssatz aus den Prinzipien des bestehenden Rechtes erschließt. Ein solcher Rechtssatz beruht auf inneren Gründen, auf der Autorität, die ihm seine wissenschaftliche Wahrheit giebt, diese Wahrheit ist die Bedingung seiner Gültigkeit; seine Erscheinung in den Ansichten und der Thätigkeit der Juristen hat nur die Bedeutung, daß für eine Ansicht, die von den angesehensten Juristen als wahr erkannt ist (herrschende Ansicht, communis opinio doctorum) und sich in den Gerichten geltend gemacht hat (Praxis), eine Vermuthung der Wahrheit streitet, die ein gewissenhafter Richter, bis er vom Gegentheil überzeugt ist, gelten lassen wird, die aber von dem Augenblicke an, wo er ihrer Unrichtigkeit gewiß ist, ihre Autorität für ihn verlieren muß. Man kann das Recht der Wissenschaft, sofern es in den Juristen und ihrer Thätigkeit zur Erscheinung kommt, auch Juristenrecht oder Recht der Praxis nennen, aber diese Ausdrücke beschränken sich nicht auf das Recht der Wissenschaft, sie bezeichnen jedes Recht, das diese Erscheinungsform annimmt, und dies kann auch Gewohnheitsrecht sein, wo die Ansichten der Juristen nicht wissenschaftliche, durch eine wissenschaftliche Operation vermittelte sind, sondern unmittelbare Volksansichten, die sich in den rechtsverständigen Gliedern der Nation, als den natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen, vornehmlich an den Tag legen. Dies wird der Fall sein bei Rechtssätzen, die überall auf eine innere Begründung durch Consequenz aus dem sonst bestehenden Rechte keinen Anspruch haben.

Die Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechtes und ihre Methode ist nicht der Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre. Im Allgemeinen gelangt man dazu durch eine doppelte Operation, 1) Er-

schließung des Rechtssatzes aus den Prinzipien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz), 2) Nachweisung, daß dieselbe Folgerung auch sonst schon unter Umständen in dem bestehenden Rechte vorkommt (Analogie)."

In dem „Cursus der Institutionen" (2te Auflage) B. I. §§. 12—18, S. 30—45, hat Puchta die Grundzüge dieser seiner Auffassung wiederholt dargelegt. Aus seinen dortigen Ausführungen mögen hier nur die folgenden, in welchen er einige, uns speziell interessirende, Punkte noch näher bestimmt, ihre Aufnahme finden:

„Die Entstehung des Rechtes aus dem Volksgeiste —, sagt er S. 30, — ist eine unsichtbare. Wer würde es unternehmen, den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volke entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt? Die es unternommen haben, sind meistens von irrigen Vorstellungen ausgegangen. Einige meinten, dem Volke würden solche Ueberzeugungen von außen, durch unterrichtete Männer, eingelernt. Andere dachten sich die Sache so, daß was irgend Einer im Volke vormache, das machten die Anderen nach, und wenn diese endlich die Mehrheit des Volkes seien, so bilde sich das Volk vermöge der Macht der Gewohnheit ein, das müsse so sein. Mit dergleichen abentheuerlichen Erfindungen suchte man das Verborgene an's Licht zu ziehen, und dem anstößigen Unsichtbaren ein bequemes Handgreifliches zu substituiren. Die dagegen weniger materialistische Anschauungen hatten, haben höchstens vermocht, einzelne abgerissene Punkte der in ihrem Zusammenhang unerforschten Bahn wahrscheinlich zu machen. — Was uns sichtbar ist, das ist nur das Entstandene selbst, das Recht also, nachdem es aus der dunkeln Werkstätte, in der es bereitet wurde, hervorgetreten und wirklich geworden ist. Es kann bei seiner Ent-

stehung eine dreifache Gestalt annehmen: 1) als unmittelbare Ueberzeugung der Glieder des Volkes, die in ihren Handlungen sich offenbart; 2) als Gesetz; 3) als Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion. Die Organe, welche dem Rechte diese seine sichtbare Gestalt geben, nennt man Rechtsquellen; solche sind die unmittelbare Volksüberzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft."

S. 35—38: — „Die einzelnen Rechtssätze, die das Recht eines Volkes bilden, stehen in einem organischen Zusammenhange unter einander, der sich zuvörderst durch ihr Hervorgehen aus dem Geiste des Volkes erklärt, indem die Einheit dieser Quelle sich auf das durch sie Hervorgebrachte erstreckt. Eine Dissonanz, welche das harmonische Zusammenstimmen der einzelnen Theile des Rechtes unterbricht, ist dadurch nicht ausgeschlossen, insofern auch der Geist eines Volkes störenden Anwandlungen, wie einer Krankheit, ausgesetzt ist; am leichtesten kann sie durch eine ungeschickte Ausübung des Gesetzgebungsberufs vorkommen, wenn der Gesetzgeber wünschenswerthe Energie mit willkührlichem Dazwischengreifen, Schleunigkeit der Abhülfe mit Improvisation von Rechtssätzen verwechselt. Wie nun die Sprache eines Volkes aus demselben Grunde auf gewissen Prinzipien und Regeln beruht, die in ihr selbst unausgesprochen liegen, von der Wissenschaft aber an's Licht und zum Bewußtsein gebracht werden, so auch das Recht.

Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhange, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Principe hinauf verfolgen, und ebenso von den Prinzipien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können. Bei diesem Geschäfte

werden Rechtssätze zum Bewußtsein gebracht und zu Tage gefördert werden, die in dem Geiste des nationellen Rechtes verborgen, weder in der unmittelbaren Ueberzeugung der Volksglieder und ihrer Handlungen, noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst als Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion sichtbar entstehen. So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist Recht der Wissenschaft, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen an's Licht gebracht wird, Juristenrecht. Diesem letzteren Ausdrucke kann man noch eine weitere Bedeutung beilegen. Man kann darunter das Recht verstehen, welches vornehmlich in dem Bewußtsein der Juristen lebt, und von ihnen getragen wird. Dies gilt in vorgeschrittenen Zeiten eines Volkes, wo das Recht mit seiner früheren Einfachheit die Fähigkeit verliert, von allen Gliedern des Volkes in einer gewissen Vollständigkeit gekannt zu werden, von dem bei weitem größten Theile alles Rechtes. Auch das Gewohnheitsrecht wird, abgesehen von dem partikulären einzelner Orte und kleinerer Distrikte, vorzugsweise in dem Bewußtsein der Juristen, als der rechtskundigsten und mit rechtlichen Dingen ihrem Berufe nach fortwährend beschäftigten Glieder des Volkes, die also die natürlichen Repräsentanten der übrigen sind, leben und sich entwickeln; in diesem Sinne kann also auch das Gewohnheitsrecht Juristenrecht sein. Als der unzweideutigere Ausdruck ist daher der zuerst gebrauchte für das Recht, dessen Quelle die Wissenschaft ist, vorzuziehen." —

S. 44 und 45: — „Sehr häufig hat der Richter über Verhältnisse zu urtheilen, worüber weder das Gewohnheitsrecht, noch das gesetzliche, eine ausdrückliche Bestimmung enthält. Hier hat ihm die Wissenschaft, als die dritte Rechtsquelle, die

Rechtssätze zu geben, nach denen er entscheidet. Diese Sätze beruhen nicht auf einer äußeren Autorität, sie gelten nur, insofern sie aus den Prinzipien des bestehenden Rechtes mit innerer Nothwendigkeit folgen, und darum auf dieselbe Gültigkeit, wie die in der Volksüberzeugung oder in den Gesetzen gegebenen, Anspruch haben. Dieses Recht wird daher aus inneren Gründen erkannt, besondere Regeln lassen sich für diese Erkenntniß nicht mit einiger Vollständigkeit geben, die ganze Rechtswissenschaft muß die Anleitung dazu enthalten. Jeder Jurist, also insofern er dieses ist, jeder Richter ist dazu berufen; eine Hülfe gewährt dafür die juristische Litteratur. Eine Vermuthung für die wissenschaftliche Wahrheit eines Satzes entsteht durch die Uebereinstimmung der angesehensten Juristen und seine fortdauernde Anwendung in den Gerichten; aber weder die Verbreitung einer Ansicht, noch die Praxis hat eine Autorität an und für sich; beides muß da, wo es sich um ein wissenschaftliches Recht handelt, der besseren Erkenntniß der Wahrheit weichen. Auch das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche, in den Rechtssätzen nämlich, die einer inneren Begründung fähig sind, müssen diese durch die Wissenschaft erhalten; wir werden durch diese Behandlung erst, wodurch wir uns der inneren Gründe bewußt werden, des richtigen Verständnisses des unmittelbaren Volksrechtes und der Gesetze sicher."

---

§. 3.

C. Zum Schlusse wollen wir auch noch die wesentlichsten Momente der durchsichtigen und vollendeten Darstellung hier vorführen, welche Savigny über die in Frage stehende

Materie in seinem „Systeme des heutigen Römischen Rechts", B. I. §. 7 u. ff., geliefert hat.

Zunächst schildert er — im §. 7. S. 13—18 — die allgemeine Entstehung des Rechtes durchaus übereinstimmend mit seiner eigenen, früher (§. 1) dargelegten, Auffassung und der Theorie Puchta's (§. 2), und bemerkt hierüber namentlich Folgendes: — „Fragen wir nach dem Subjekte, in welchem und für welches das positive Recht sein Dasein hat, so finden wir als solches das Volk. In dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt das positive Recht, und wir haben es daher auch Volksrecht zu nennen. Es ist dieses aber keineswegs so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkühr das Recht hervorgebracht würde; denn diese Willkühr der Einzelnen könnte vielleicht zufällig dasselbe Recht, vielleicht aber, und wahrscheinlicher, ein sehr mannigfaltiges erwählen. Vielmehr ist es der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, das also für das Bewußtsein jedes Einzelnen, nicht zufällig, sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist. Indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechtes annehmen, müssen wir schon deshalb auf jeden urkundlichen Beweis derselben verzichten. Allein dieser Mangel ist unserer Ansicht von jener Entstehung mit jeder anderen Ansicht gemein, da wir in allen Völkern, welche jemals in die Grenzen der urkundlichen Geschichte eingetreten sind, ein positives Recht schon vorfinden, dessen ursprüngliche Erzeugung also außer jenen Grenzen liegen muß. —"

„Bei dieser Annahme von der Entstehung des positiven Rechtes wurde zunächst noch abgesehen von dem in der Zeit fortgehenden Leben der Völker. Betrachten wir nun auch dessen Einwirkung auf das Recht, so werden wir ihm vor Allem

eine befestigende Kraft zuerkennen müssen: je länger die Rechtsüberzeugungen in dem Volke leben, desto tiefer werden sie in ihm wurzeln. Ferner wird sich das Recht durch die Uebung entfalten, und was ursprünglich blos im Keime vorhanden war, wird durch die Anwendung in bestimmter Gestalt zum Bewußtsein kommen. Aber auch Veränderung des Rechtes wird auf diesem Wege erzeugt werden. Denn wie in dem Leben des einzelnen Menschen kein Augenblick eines vollkommenen Stillstandes wahrgenommen wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesammtleben besteht. So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Rechte. Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetze der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit, unabhängig von Zufall und individueller Willkühr, wie die ursprüngliche Entstehung. Allein das Volk erfährt in diesem natürlichen Entwicklungsprozesse nicht blos eine Veränderung überhaupt, sondern auch in einer bestimmten, regelmäßigen Folge der Zustände, und unter diesen Zuständen hat ein jeder sein eigenthümliches Verhältniß zu der besonderen Aeußerung des Volksgeistes, wodurch das Recht erzeugt wird. Am freiesten und kräftigsten erscheint diese in der Jugendzeit der Völker, in welcher der Nationalzusammenhang noch inniger, das Bewußtsein desselben allgemeiner verbreitet, und weniger durch Verschiedenheit der individuellen Ausbildung verdeckt ist. In demselben Maße aber, in welchem die Bildung der Individuen ungleichartiger und vorherrschender wird, und in welchem eine schärfere Sonderung der Beschäftigungen, der Kenntnisse und der dadurch bedingten Stände eintritt, wird auch die Rechtserzeugung, die auf der Gemeinschaft des Bewußtseins beruhte, schwieriger

werden; ja sie würde endlich fast ganz verschwinden, wenn sich nicht dafür, durch den Einfluß derselben neuen Zustände, wiederum eigene Organe bildeten, die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft. — Diese Fortbildung des Rechtes kann übrigens ein ganz verschiedenes Verhältniß zu dem ursprünglich vorhandenen Rechte haben. Es können durch sie neue Rechtsinstitute erzeugt, oder auch die vorhandenen umgestaltet werden: ja es können diese durch sie ganz verschwinden, wenn sie dem Sinne und Bedürfnisse der Zeit fremd geworden sind."

Im §. 8 stellt hierauf Savigny die Bedeutung fest, in welcher das Wort „Volk" in solcher Verbindung gebraucht werden müßte, und er warnt im §. 10 vor der Verwechslung dieses Sinnes mit den verschiedenartigen anderen, welche jenem vieldeutigen Ausdrucke beigelegt zu werden pflegen. Namentlich dürfe man hierunter nicht etwa die Unterthanen im Gegensatze zu dem Staatsoberhaupte, noch auch irgend eine besondere Classe der Bevölkerung verstehen. Vielmehr sei das Volk in solchem Zusammenhange, d. h. als das Subjekt der Rechtserzeugung, in seiner Eigenschaft als ein natürliches Ganzes oder Individuum aufzufassen, beziehungsweise als die, durch die auf einander folgenden Geschlechter hindurchgehende, die Gegenwart mit der Vergangenheit und Zukunft verbindende, Einheit; welche geistige Gemeinschaft durch den Gebrauch derselben Sprache sich sowohl kund gebe, als auch befestige und ausbilde. „In diesem Naturganzen — sagt er S. 19 — ist der Sitz der Rechtserzeugung, denn in dem gemeinsamen, die Einzelnen durchdringenden Volksgeiste findet sich die Kraft, das hiefür bestehende Bedürfniß zu befriedigen."

Der individuelle Volksgeist erscheine aber hiebei als das Organ oder als der Träger und Repräsentant des allgemeinen Menschengeistes.

Ueber das Gewohnheitsrecht insbesondere statuirt und entwickelt er in §§. 12, 18 und 28—30 Grundsätze, welche mit den von Puchta deduzirten in allen wesentlichen Momenten völlig übereinstimmen [10]).

Aus seinen Ausführungen über das wissenschaftliche Recht endlich in §§. 14, 19 und 20 mögen hier noch die folgenden ihre Aufnahme finden:

Ueber dessen Entstehung und Wesen bemerkt er S. 45—49: „Es liegt in dem natürlichen Entwicklungsgange der Völker, daß bei fortschreitender Bildung einzelne Thätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigenthümlichen Lebensberuf besonderer Stände bilden. So auch wird das Recht, ursprünglich Gemeingut des gesammten Volkes, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens dergestalt in's Einzelne ausgebildet, daß es durch die im Volke gleichmäßig verbreitete Kenntniß nicht mehr beherrscht werden kann. Dann wird sich ein besonderer Stand der Rechtskundigen bilden, welcher, selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesammtheit vertritt. Das Recht ist im besonderen Bewußtsein dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechtes. Es führt daher nunmehr ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewußtsein des Volkes, die ge-

10) Wir werden manche dieser treffenden Deduktionen später an den geeigneten Orten zu verwenden suchen. — Besonders schlagend sind die wenigen Sätze, womit er a. a. O. S. 35 den, namentlich von Puchta so energisch bekämpften, Irrthum der älteren Theorie zurückweist, als ob das Recht durch die Gewohnheit entstände, während diese vielmehr, ihrem wahren Wesen nach, blos als das Kennzeichen oder die Erscheinungsform des positiven Rechtes aufzufassen sei.

nauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes."

„Man kann bei dem Juristenstande eine zwiefache Wirksamkeit unterscheiden: eine materielle, indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volkes großentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird: und eine formelle, rein wissenschaftliche, indem von ihm das Recht überhaupt, wie es auch entstanden sein möge, in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtsein gebracht und dargestellt wird. In dieser letzten Funktion erscheint die Wirksamkeit der Juristen zunächst als eine abhängige, ihren Stoff von außen empfangende. Indessen entsteht durch die dem Stoffe gegebene wissenschaftliche Form, welche seine inwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt, ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt, so daß auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht."

„Betrachtet man insbesondere das Verhältniß des Juristenstandes zur Gesetzgebung, so zeigt sich dasselbe auf folgende verschiedene Weise. Er wirkt auf dieselbe ein, theils indem das in ihm ausgebildete Volksrecht, eben sowohl, als das ursprüngliche, zum Stoff der Gesetzgebung wird, theils durch die juristische Bildung der Personen, die auf die Gesetzgebung in verschiedenen Stufen Einfluß haben. Er verarbeitet aber auch die Gesetzgebung und vermittelt den Uebergang derselben in das wirkliche Leben. Denn die freien und mannigfaltigen Formen, in welchen er sich bewegen kann, machen es ihm möglich, die abstrakte Regel des Gesetzes in dem lebendigen Zusammenhange mit dem Rechtsinstitute darzustellen, von dessen Anschauung allerdings auch das Gesetz ausgegangen ist,

die aber nicht unmittelbar in demselben sichtbar wird. So wird dem Gesetze durch wissenschaftliche Verarbeitung die Beherrschung der Lebensverhältnisse erleichtert und gesichert.

Es erscheint also hierin ein mannigfaltiger Einfluß des Juristenstandes auf das positive Recht. Gegen die Behauptung dieses Einflusses ist zuweilen der Vorwurf einer unbefugten Anmaßung erhoben worden. Dieser Vorwurf könnte nur dann gegründet sein, wenn die Juristen einen geschlossenen Stand bilden wollten. Da aber Jeder Jurist werden kann, der die nöthige Kraft darauf wendet, so liegt in jener Behauptung nur der einfache Satz, daß, Wer das Recht zu seinem Lebensberufe macht, durch seine größere Sachkenntniß mehr, als Andere, auf das Recht Einfluß haben wird.

Diese besondere Art der Rechtserzeugung bezeichne ich als das wissenschaftliche Recht; anderwärts wird sie das Juristenrecht genannt."

Im §. 19 schildert Savigny das wissenschaftliche Recht zunächst in seiner Erscheinung und Anwendung bei den Römern, wobei er den Unterschied zwischen den römischen und heutigen Juristen sehr treffend beleuchtet [11]). Hierauf charakterisirt er

11) Die römischen Juristen hatten nämlich in Bezug auf die eigentliche Produktion und (bewußte) Fortbildung des Rechtes eine viel freiere Stellung als die heutigen, da jene produktive Macht unter mancherlei Formen unmittelbar in ihre Hand gelegt war; welchen Punkt wir im späteren Verlaufe unserer Darstellung noch genauer besprechen werden. — An der oben citirten Stelle gibt Savigny hierüber die folgende, sehr interessante Aeußerung ab: „Von der Art, wie die römischen Juristen auf die Fortbildung des Rechtes einwirkten (nicht auf die blose Erkenntniß desselben), wird es uns schwer, eine richtige Vorstellung zu erlangen, weil es so natürlich ist, die Anschauung unserer Zustände unvermerkt in jene durchaus verschiedene Zeit hinein zu tragen. Bei den Römern hatten die Juristen eine sehr ausgezeichnete Stellung durch die freie, blos wohlthätige Uebung ihres Berufes, durch ihre mäßige Zahl, großentheils auch durch

die neuere Gestaltung und Entwicklung des Rechtes der Wissenschaft oder des sog. Juristenrechtes auf S. 85—87 folgender Maßen:

„Einen ganz anderen Zustand, als im alten Rom, finden wir im Mittelalter, als das Römische Recht von einem großen Theile der Europäischen Staaten aufgenommen wurde. Diese Aufnahme erzeugte einen künstlichen Rechtszustand, dessen Schwierigkeiten nur durch einen höheren Grad von Rechtskenntniß, als sie im Gemeingut der Nation denkbar ist, erworben werden konnte. Durch dieses Bedürfniß entstand eine juristische Schule und Litteratur, ohne durch die allgemeine Bildungsstufe der Völker hervorgerufen zu sein. Auch hier also, wie im alten Rom, hatte die Rechtswissenschaft ihre eigenthümlichen, von den allgemeinen abweichenden Bildungsperioden, nur hier in umgekehrter Ordnung. Denn anstatt daß in Rom die höchste Blüthe der Rechtswissenschaft

---

ihren Geburtsstand. Sie lebten meist zusammen in der Hauptstadt der Welt, in der Nähe der Prätoren, später der Kaiser, also auch mit unausbleiblichem Einflusse auf diese. Nichts war natürlicher, als daß die gemeinsamen Meinungen dieses Standes die Fortbildung des Rechtes großentheils bestimmten, und jeder Einzelne unter ihnen, besonders der durch Geist Ausgezeichnete, hatte an dieser unsichtbaren Macht einen namhaften Antheil. Bei uns heißt Jurist ein Jeder, der Rechtswissenschaft studirt hat, um sie als Richter, Sachwalter, Schriftsteller, Lehrer zu üben, also fast immer um einen einträglichen Lebensberuf damit zu verbinden. Diese Juristen sind verbreitet über ganz Deutschland, in ungeheurer Anzahl, und sie bilden eine höchst gemischte Gesellschaft in der mannichfaltigsten Abstufung des inneren Werthes. Natürlich ist hier die Einwirkung sehr viel unbestimmter und massenhafter, es gehört längere Zeit dazu, ehe eine gemeine Meinung zu entschiedener Anerkennung gelangt, und es muß weit mehr vom Zufalle abhängig sein, wie gerade eine eigenthümliche Bildungsweise oder Ansicht hier oder dort zu einem Einflusse auf die Gesetzgebung, und durch diese auf die Fortbildung des Rechtes kommt.“

später eintrat, als die der anderen Wissenschaften, entstand im Mittelalter die Rechtswissenschaft weit früher, als das allgemeine wissenschaftliche Leben der Völker erwachte. Die Einsamkeit, in welcher sie sich deshalb lange Zeit hindurch befand, erhöhte sehr die Schwierigkeit ihres Daseins, und machte ihr nach manchen Seiten hin eine vollendete Ausbildung unmöglich. Allein die höhere Anstrengung, wozu die Glossatoren dadurch genöthigt wurden, gab ihrer Arbeit einen ernsten und würdigen Charakter, und der bedeutende Erfolg, der dieser Arbeit unter so schwierigen Umständen dennoch zu Theil ward, nimmt noch jetzt unsere Bewunderung in Anspruch. — In dieser Lage war das Volksrecht, soweit es sich nicht auf engere Kreise beschränkte, gleich Anfangs mit dem wissenschaftlichen Rechte identisch, so daß es außer demselben gar nicht wirksam wurde, und das praktische Bedürfniß des Volkes nur in der Wissenschaft seinen Ausdruck und seine Befriedigung fand. Dadurch bekam die Rechtswissenschaft selbst einen eigenthümlichen Charakter, und es war diesem Zustande angemessen, daß in der Beschäftigung der Rechtsgelehrten Theorie und Praxis innig verbunden blieben, wie denn auch nicht selten die Rückwirkung der Praxis dazu geführt hat, die Theorie vor gänzlichem Versinken zu bewahren. — In den nachfolgenden Jahrhunderten hat zwar die Rechtswissenschaft verschiedene Bildungsstufen durchlaufen, und sehr wechselnde Schicksale gehabt. Allein ihr allgemeines Verhältniß zu der Rechtserzeugung selbst ist dasselbe geblieben, wie es so eben für die Zeit des Mittelalters dargestellt worden ist."

Ueber die Erforschung und Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechtes, m. a. W. über die Art und Weise, in welcher dasselbe aus den theoretischen und praktischen Schriften der Juristen geschöpft werden kann, gibt Savigny (mit vor-

herrschender Bezugnahme auf das Römische Recht, als den speziellen Gegenstand seines Buches) a. a. O. S. 87—100 eine nähere Anleitung, wobei er auch die ältere, irrige Theorie über die communis opinio und den Gerichtsgebrauch einer kurzen Kritik unterzieht. Auf diese seine Ausführungen werden wir später zurückkommen; hier wollen wir nur einige seiner desfallsigen Aeußerungen hervorheben.

Von einer rein theoretischen Arbeit behauptet er, daß sie kein neues Recht erzeuge, und daher zunächst nicht unter die Rechtsquellen gezählt werden könne. „Dennoch nimmt sie —, setzt er S. 88 und 89 hinzu, — als eine große Autorität eine ähnliche Natur an. Denn obgleich für Jeden, der eine solche Arbeit selbstständig prüfen will, die Freiheit des Urtheils nicht beschränkt ist, mögen auch noch so viele Schriftsteller in einer neu aufgestellten Meinung übereinstimmen, so gibt es doch stets eine eben so zahlreiche, als ehrenwerthe Classe von Rechtsbeamten, die auch bei gründlicher Vorbildung nicht mehr in der Lage sind, eine eigene, unabhängige Kritik auf die neue Meinung zu verwenden, und dadurch zu einer selbstständigen Ueberzeugung zu gelangen. Für diese wird es nicht nur natürlich, sondern selbst löblich und wünschenswerth sein, daß sie jene Autorität unbedingt befolgen. Es geschieht also nicht im Interesse der Bequemlichkeit, daß dieses Verfahren hier empfohlen wird, sondern im Interesse der Sicherheit des Rechtes selbst. Denn diese kann unmöglich dabei gewinnen, wenn ein Richter, ohne die Möglichkeit eines umfassenden Studiums, ein eigenes Urtheil über jede einzelne Rechtsfrage zu bilden versucht, welches durch die Einseitigkeit seiner Entstehung von sehr zufälligem und zweifelhaftem Erfolge sein wird. Vorzüglich aber kann dieses Princip allein der Gefahr vorbeugen, daß Richter von

einiger Regsamkeit durch den oberflächlichen Schein irgend einer neuen Lehre hingerissen werden zum größten Nachtheile der Rechtspflege. Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhle, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Ueberzeugung auch in der Rechtspflege geltend zu machen. — Woran nun das Dasein einer solchen wahren und guten Autorität zu erkennen ist, das läßt sich freilich nicht durch eine äußere, formelle Regel bestimmen. Auf die Zahl der übereinstimmenden Schriftsteller kann es nicht ankommen, noch weniger kann bei fortdauerndem Streite an eine Stimmenzählung gedacht werden. Alles hängt vielmehr davon ab, daß diejenigen Rechtslehrer, die im Ruf besonnener und gründlicher Forschung stehen, in einer solchen Meinung übereinstimmen, daß also von keinem derselben ein scheinbar bedeutender, mit Gründen unterstützter Widerspruch fortdauernd erhoben worden ist. Natürlich wird dieses nur angenommen werden können, wenn die neue Meinung einige Zeit hindurch Gegenstand der öffentlichen Prüfung war, obgleich es Niemand unternehmen wird, dafür eine bestimmte Zahl von Jahren festzustellen. In diesem relativen Sinne also kann selbst eine theoretische Arbeit unter die Rechtsquellen gezählt werden, indem derselben unter jenen Bedingungen eine gewisse wohlbegründete Herrschaft zugeschrieben werden muß. Als Beispiel mag hier die Lehre von den zwei Graden der Culpa dienen, die in unseren Tagen eben so allgemein Anerkennung gefunden hat, als vorher und sehr lange Zeit hindurch die Lehre von drei Graden für wahr gehalten wurde. — Es geht aber aus der Natur der hier beschriebenen Autorität hervor, daß dieselbe niemals als etwas abgeschlossenes und unabänderliches betrachtet werden kann, indem eine künftige, noch tiefer gehende Forschung die jetzt angenommene Meinung

abermals modifiziren kann, und dann natürlich kein geringeres Recht in Anspruch zu nehmen hat, als ihrer Vorgängerin bisher zuerkannt wurde."

Hinsichtlich der praktischen Arbeiten dagegen, welche er als ein Organ des Gewohnheitsrechtes bezeichnet, liefert er eine eingehende und ausführliche Erörterung der Frage, woran das Gültige und Aechte zu erkennen sei, um es auf sichere Weise von dem Ungültigen und Unächten unterscheiden zu können? Nur dem Ersteren schreibt er nämlich eine formelle Autorität, oder die Eigenschaft einer Rechtsquelle zu, und bemerkt hierüber: „Derjenige Bestandtheil des praktischen Rechtes, welchen ich als den gesunden bezeichnet habe, hat eine ganz andere Wichtigkeit, als welche oben der theoretischen Arbeit zugeschrieben worden ist. Er wirkt nicht blos als eine Achtung gebietende Autorität, sondern er schließt in Wahrheit neu gebildetes Recht in sich. Dennoch können wir auch ihm kein abgeschlossenes, unabänderliches Dasein zuerkennen. Zwar auf dem Wege einer blos theoretischen Prüfung, indem einem solchen Satze des praktischen Rechtes die Abweichung von dem quellenmäßigen Rechte nachgewiesen würde, kann die Gültigkeit desselben nicht entkräftet werden, da es als wahres Gewohnheitsrecht ein selbstständiges Dasein gewonnen hat. Das aber ist nicht zu bezweifeln, daß es auf demselben Wege, auf welchem es entstand, auch wiederum seine Gültigkeit verlieren kann."

Zweites Capitel.

Die kritische Prüfung und Widerlegung der abweichenden Ansichten Beseler's, Maurenbrecher's, Kierulff's und anderer Schriftsteller über das Gewohnheits- und Juristen-Recht.

§. 4.

Die in dem vorhergehenden Capitel geschilderte Lehre Savigny's und Puchta's über die Quellen des positiven Rechtes halte ich für die allein richtige, wahre und unwiderlegliche Theorie, welche daher nach allen ihren wesentlichen Momenten die unbedingteste und vollkommenste Zustimmung verdient. Dieselbe enthält also —, wie ich Dies in der ersten Abtheilung S. 354 i. f. und 355 ausgedrückt habe, — „das für alle Zukunft gelegte Fundament für die Lehre von der Entstehung des Rechtes und seinen Quellen." Ihre einzige mögliche Widerlegung kann, meiner Ueberzeugung nach, nur auf dem Wege herbeigeführt werden, auf welchem von jeher alles Gute, Rechte und Wahre in der That widerlegt worden ist, nämlich durch ihre eigene Entwicklung, da und insoferne der von ihr gelegte Grund als Keim aufgenommen, ausgebildet, entfaltet, und in dem ganzen Reichthume seiner mannigfaltigen Blüthen und Früchte erschlossen wird. — Gleichwohl hat diese herrliche, so höchst bedeutsame und folgenreiche, Auffassung der fraglichen Grundprobleme in der heutigen deutschen Rechtswissenschaft fast mehr eine formelle, als eine

materielle Anerkennung gefunden [12]); ja von manchen Seiten her ist auch noch in neuester Zeit gegen einzelne, wesentliche Elemente derselben ein bestimmter und energischer Widerspruch erhoben worden. Die hervorragendste Stelle unter diesen oppositionellen Richtungen nimmt jedenfalls Beseler's Schrift über „Volksrecht und Juristenrecht" ein, da sie eine selbstständige, allseitig deduzirte und systematisch ausgebildete, Theorie in sich enthält. Außerdem sind viele vereinzelte Ausstellungen, kritische Einwürfe, Verbesserungs- und Vervollkommnungs-Versuche 2c. gegen die eine oder die andere Seite jener Savigny-Puchta'schen Lehre gerichtet worden. Wir wollen nun im Folgenden die vornehmlichsten unter diesen abweichenden Standpunkten und Ansichten näher beleuchten, wobei aber selbstverständlich eben so wenig von einer materiellen Vollständigkeit in der Aufführung der einzelnen Schriftsteller und Meinungen, als von einer gründlichen, tiefer eingehenden und erschöpfenden Beurtheilung der wirklich in Betracht gezogenen die Rede sein kann. Ein solches Ziel ließe sich nur in einem eigenen, der Lehre von den Rechtsquellen besonders gewidmeten, Buche verfolgen; während hier dagegen jene ganze Frage blos in einer sekundären Bedeutung, beziehungsweise blos als Mittel für einen anderweitigen Zweck auftritt, nämlich blos als wissenschaftliche Unterlage für die mit der Lösung unseres Hauptproblemes sich beschäftigenden Deduktionen. — Auf der anderen Seite übrigens konnten und durften wir die erwähnten oppositionellen Standpunkte keineswegs ganz und gar unbeachtet lassen, indem wir uns lediglich darauf beschränkt hätten,

12) Das ganze Thema und der ganze Inhalt unseres gegenwärtigen Werkes kann als ein thatsächlicher Beleg für diese Behauptung verwendet werden. — Zu vergl. auch „die einleitende Vorbemerkung" S. 9—11, gleichwie die obige Note 9.

die Savigny-Puchta'sche Lehre als eine unumstößliche Wahrheit und unanfechtbare Voraussetzung aufzunehmen. Denn ein solches Verfahren würde sich wohl der unvermeidlichen Gefahr ausgesetzt haben, theils als eine ungehörige Mißachtung sehr bedeutsamer wissenschaftlicher Leistungen unserer Tage aufgefaßt, theils sogar dahin mißgedeutet zu werden, daß uns jene kritischen Bemerkungen, Einwendungen, Emendationen rc. entweder durchaus unbekannt geblieben, oder doch mindestens als stichhaltige und unwiderlegliche Gegenargumente erschienen seien.

An die Spitze unseres folgenden —, durch die vorangeschickten Bemerkungen kurz gerechtfertigten, — kritischen Exkurses müssen wir nun das genannte Buch von Georg Beseler über „Volksrecht und Juristenrecht", Leipzig 1843, stellen, und demselben, insoweit es die Grenzen unserer Schrift gestatten, eine sorgfältigere und näher eingehende Besprechung widmen. Hiebei können wir übrigens manche treffliche Bemerkungen verwenden, welche bereits Puchta in einer — zwar sehr scharfen und herben, aber geistreichen und in ihren wesentlichen Momenten wohlbegründeten — Rezension [13]) in

13) Auf diese Rezension hat Beseler in einem eigenen, mit leidenschaftlicher Bitterkeit und Animosität geschriebenen, Nachtrage zu seinem Buche (Leipzig 1844) geantwortet. Irgend einen erheblichen neuen Grund für seine Theorie hat er übrigens hierin nicht vorgebracht, worauf auch schon Thöl am Schlusse der Vorrede zu seinem, im Texte sofort zu erwähnenden, Schriftchen hingewiesen. — Sehen wir nun ab von der äußeren Haltung und dem Tone der Puchta'schen Kritik, welchen wir keineswegs das Wort reden wollen, gleich wie ferner von den Persönlichkeiten, welche Beseler auf eine höchst bedauerliche Weise hiebei auf's Tapet gebracht hat: so können wir nicht umhin, hinsichtlich der materiellen Streitpunkte an und für sich nach allen ihren wesentlichen Beziehungen durchaus auf die Seite Puchta's zu treten.

den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, Jahrgang 1844, Band 1, Nro. 1—4, S. 1—30, gleich wie Thöl in einer kleinen, humoristischen Schrift mit dem Titel: „Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften, Stände, gemeines Recht", Rostock und Schwerin 1846, — gegen die Auffassung Beseler's vorgebracht haben.

Wenn wir nun den Hauptinhalt des, jedenfalls sehr beachtenswerthen, Beseler'schen Werkes in Betracht ziehen, so finden wir vor allen Dingen, daß dessen Verfasser selbst die Grundzüge seines eigenthümlichen Standpunktes auf S. 79 in den folgenden 4 Sätzen conzentrirt hat:

„1) Das Recht ist in seiner ersten Entstehung Volksrecht, wenn auch durch den Einfluß der Gesetzgebung wesentlich bedingt.

2) Das Volksrecht kann auch in den Zeiten einer vorgerückten Cultur noch bestehen, und vom Volke unmittelbar erzeugt werden.

3) Dem Volksrecht steht das Gewohnheitsrecht gegenüber, bald in gleichgültiger, bald in feindlicher Haltung.

4) Das Juristenrecht ist nicht nothwendig eine Fortführung des Volksrechts, es kann auch bloses Gewohnheitsrecht sein."

Von diesen 4 Sätzen besitzen nur die beiden letzteren, welche die wesentlichste Differenz zwischen dem Beseler'schen und dem Savigny-Puchta'schen Standpunkte begründen, ein unmittelbares Interesse für unsere gegenwärtigen Untersuchungen und Deduktionen, weshalb wir denselben auch fortan unser kritisches Augenmerk vorzugsweise zuwenden wollen! Das reiche, unserer Betrachtung dargebotene, Material scheidet

sich hiefür gleichsam von selbst in die beiden Hauptcategorien, welche Beseler seiner ganzen Schrift zu Grunde gelegt (und daher schon in den Titel derselben aufgenommen) hat, nämlich in das Volksrecht und das Juristenrecht.

I. Das Volksrecht.

Den Begriff und das Wesen des Volksrechtes in dem Sinne seiner eigenthümlichen Auffassung charakterisirt Beseler auf S. 80 und 81 folgender Maßen:

„Der früheren Theorie war der Begriff des Volksrechtes fremd, sie ließ ihn ganz in den des Gewohnheitsrechtes aufgehen. Erst v. Savigny hat das Volksrecht in seiner selbstständigen Bedeutung gewürdigt, und Puchta in einer weiteren Entwicklung seiner Ideen und im Gegensatz zur älteren Lehre das Gewohnheitsrecht als gleichbedeutend mit dem Volksrecht dargestellt, worin ihm denn auch wieder v. Savigny, wenn auch mit einigen Beschränkungen, gefolgt ist. Allein beide Begriffe, welche nur das mit einander gemein haben, daß sie dem ungeschriebenen Rechte angehören, sind bestimmt aus einander zu halten. Zwar kann zwischen dem Volksrechte und Gewohnheitsrechte allerdings eine gewisse Wechselwirkung bestehen. Das Erstere wird immer einer, wenn auch oft nur kurzen, Zeit bedürfen, um sich auf dem Grunde der Sitte und der Lebensverhältnisse zum eigentlichen Rechte zu condensiren; auch kann es durch die lange Dauer der Anwendung mehr befestigt, und überhaupt zur besseren Erkenntniß und zum bestimmteren Bewußtsein gebracht werden. Dagegen ist es auf der anderen Seite möglich, daß die lange Uebung eines ursprünglich zufälligen Rechtssatzes denselben so sehr mit der Sitte und Rechtsanschauung des Volkes verwebt, daß er endlich selbst zum Volksrechte wird, und sich als einen Theil

desselben darstellt. Auf diese Weise sind einzelne Institute des Römischen Rechts, z. B. die letztwilligen Verfügungen, in das Bewußtsein der Nation übergegangen, zum wahren deutschen Volksrechte geworden. Auch besteht hinsichtlich der verbindlichen Kraft zwischen beiden kein Unterschied; sie wirken, wenn sie einmal zur Existenz gekommen sind, mit demselben äußeren Erfolge, da sie beide dem positiven Rechte angehören. — Nichtsdestoweniger ist es doch von Wichtigkeit, sie gehörig von einander zu unterscheiden. Denn das Gewohnheitsrecht wird sein Dasein doch vorzugsweise eben in der Gewohnheit bethätigen, und diese wird also unter den Erkenntnißquellen desselben nicht entbehrt werden können; beim Volksrecht dagegen verhält es sich hiermit anders. Aber auch in Beziehung auf den inneren Werth besteht ein wesentlicher Unterschied. Zwar kann eine althergebrachte Rechtsnorm, abgesehen von dem Grunde ihrer Entstehung, eine gewisse Gunst der Beurtheilung für sich in Anspruch nehmen, indem der Umstand, daß man sich einmal an sie gewöhnt hat, mit dem Grade ihrer Zweckmäßigkeit abgewogen wird; es kann auch das, was einmal ein wahres, auf der Nationalsitte beruhendes, Volksrecht gewesen ist, im Laufe der Zeiten zu einem lästigen, unsittlichen Institute herabsinken, und sich blos noch durch die Kraft der Gewohnheit in Geltung erhalten: aber es leuchtet doch ein, wie viel bedeutender und achtungswerther an und für sich dasjenige sein muß, was von Haus aus auf der breiten, natürlichen Basis des Volkslebens erwachsen ist, als dasjenige, was zunächst nur äußeren, zufälligen Umständen seine Existenz verdankt."

Der Savigny-Puchta'schen Auffassung des Gewohnheitsrechtes will er nur insoferne und insoweit die innere Begründung zugestehen, als es sich von einer ganz normalen,

ohne besondere äußere Störung organisch sich entwickelnden, Rechtsbildung handle. Eine solche Entwicklung könnte man nun zwar als das Ideal hinstellen, in welchem die einzelnen Erscheinungen der Geschichte ihr Verständniß und ihre Würdigung fänden; allein vermöge der Unvollkommenheit aller menschlichen Dinge vollziehe sich die Rechtserzeugung in einem bestimmten Volke nicht immer in jener idealen Weise.

„Es sind so viele äußere Einflüsse möglich, — sagt er S. 77, — welche unter den gegebenen Umständen ihre Herrschaft geltend machen, und auf die Gestaltung des positiven Rechtes entschieden einwirken, daß es wenigstens zufällig ist, ob und inwieweit demselben der Charakter eines Volksrechts bewahrt bleibt. Ein solcher äußerer Einfluß kann nun sofort mit einer bindenden Kraft auftreten, was dann der Fall ist, wenn von der gesetzgebenden Gewalt im Staate schlechte Gesetze erlassen werden; er kann aber auch, an und für sich nicht einmal formell berechtigt, durch die Dauer der Einwirkung auf den Rechtszustand („nach dem Gesetze der Continuität") eine solche Macht erlangen, daß sich daraus am Ende wahre Rechtsnormen entwickeln, die Jeder für verbindlich hält und halten muß, und die also einen Theil des positiven Rechtes ausmachen. Umstände verschiedener Art werden freilich zusammentreffen müssen, um eine solche Rechtserzeugung möglich zu machen; der letzte Grund der formellen Geltung ist dann aber die Gewohnheit, welche also nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein bloses Kennzeichen des Rechtes ist, sondern dieses selbst produziren hilft, und zwar oft im Gegensatze zu dem Geiste des Volkes und der Vernunft der Dinge." Als einen Ausfluß des solchergestalt dem Volksrechte entgegengesetzten Gewohnheitsrechtes bezeichnet er insbesondere die Rezeption des Römischen Rechtes in Deutschland, durch welche das

nationale Recht eingeengt, ja fast ganz erdrückt worden sei, so daß seit jenem Ereignisse keine organische Fortbildung des Rechtes mehr eingetreten, da dessen innerer Entwicklungsprozeß als ein durch äußere Umstände gehemmter und gebrochener erscheine (S. 71, 74, 76 ꝛc.).

Was nun das Subjekt betrifft, welches den Erzeuger und Träger dieses seines Volksrechtes bildet, so bezeichnet er als solches, mit der Lehre der historischen Schule hierin vollkommen übereinstimmend, einerseits das Volk in seiner Natur-Einheit, „welches die Grundlage des Staates ausmache, und in seiner individuellen Gestaltung als lebendiger Organismus ein selbstständiges Dasein führe", andererseits die einzelnen, kleineren Kreise des Volkes, die Stämme, Stände, Corporationen ꝛc. (S. 82 und 83). „Das Volksrecht bildet sich nun —, äußert er sich in solcher Richtung S. 84, — entweder in der Gesammtheit, oder in den einzelnen Gliedern derselben, und kann daher sehr verschiedenen Umfanges sein. Das charakteristische Merkmal desselben bleibt aber in allen Fällen: die unmittelbare Entstehung des Rechtes aus der Sitte und den Lebensmomenten der Nation heraus, sei es nun, daß diese nur in ihrer Allgemeinheit wirksam sind, oder daß auch die engeren Zustände und Beziehungen ihren Einfluß geltend machen. Die Art und Weise dieser Rechtsbildung läßt sich in ihrem stillen Wachsthume nur mit der schöpferischen Thätigkeit der Natur vergleichen; es ruht darüber ein gewisses Geheimniß, welches sich der unmittelbaren Anschauung nie vollständig erschließt, wie lange auch die sinnende Betrachtung bei der äußeren Erscheinung weilt. Aber diese selbst, das Recht in seiner festen Gestaltung, kann mit Sicherheit erkannt werden [14])."

---

14 Zum Zwecke der weiteren Begründung und Entwicklung seiner

Wenn wir nun diese Aufstellungen und Deduktionen Beseler's mit dem kritischen Auge betrachten, so müssen wir zuvörderst der allgemeinen Grundlage, auf welcher sie beruhen, nämlich der Unterscheidung zwischen dem Volksrechte und dem Gewohnheitsrechte in dem von ihm verfochtenen Sinne, die wahrhafte Begründung und Realität völlig absprechen. Wir vermögen daher auch die, in der Consequenz dieser seiner Grundanschauung beliebte, weitere Annahme eines Juristen-Rechtes, welchem nur und allein die Eigenschaft eines Gewohnheitsrechtes, keineswegs aber auch zugleich die eines Volksrechtes zuzuerkennen wäre, überall nicht als eine haltbare anzuerkennen. Vielmehr betrachten wir die folgenden

---

Theorie über das Volksrecht bespricht Beseler noch im 4ten bis 9ten Capitel dessen Erkenntnißquellen, seine Geltung als gemeines Landrecht und Ständerecht, gleich wie sein Verhältniß zur Gesetzgebung und zum Gerichtswesen. Auch sucht er durch ein bedeutsames Beispiel, nämlich durch die Lehre von dem Rechte der Genossenschaft, seine allgemeinen Grundsätze zu veranschaulichen, und deren praktischen Werth aufzuzeigen. — Alle diese weiteren Deduktionen, von welchen wir einige noch in genaueren Betracht ziehen werden, stehen und fallen übrigens mit der allgemeinen Grundlage der Beseler'schen Theorie. Sobald der von dieser statuirte Grundbegriff des Volksrechtes als ein unhaltbarer nachgewiesen ist (was unsere folgende Erörterung zu thun sich bemüht), so stürzen von selbst alle mit ihm verknüpften Consequenzen zusammen. — Was Beseler insbesondere im dritten Kapitel über „das gemeine Recht und seine Gegensätze" ausführt, erscheint als durchaus unbefriedigend, da er hiebei die verschiedenen Bedeutungen jener Worte nicht auseinanderhält, und daher völlig disparate Begriffe in einer unklaren, verschwimmenden Darstellung zusammenfaßt. Er unterscheidet nämlich nicht in der gehörigen Weise die Bedeutung des **jus commune**, als des Gegensatzes des **jus singulare**, von der des **jus generale** und **universale**, als der Gegensätze des **jus speciale** und **particulare**; m. a. W. er läßt die geographische Bedeutung der Unterscheidung in gemeines und besonderes Recht mit ihrer gegenständlichen oder stofflichen Bedeutung zusammenfallen. — Zu vergl. auch die obige Note 22 in der ersten Abtheilung.

zwei Cardinalsätze als die unverrückbaren Fundamente der ganzen, in Frage stehenden, Lehre. Wir behaupten nämlich einerseits, daß ein wahrhaftes Gewohnheitsrecht niemals im Widerspruche mit dem Volksrechte stehen könne, und andererseits, daß es kein Volksrecht gebe, welches nicht entweder als Gewohnheitsrecht, oder als gesetzliches, oder endlich als wissenschaftliches Recht in die äußere Erscheinung und Wirklichkeit treten würde. In sprachlicher Beziehung ist jedoch hiebei zunächst zu bemerken, daß der Ausdruck: „Volksrecht" in einem doppelten Sinne, nämlich in einem weiteren und in einem engeren, gebraucht werden kann, wie dies auch Savigny und Puchta mehrfach zu thun pflegen. In der weiteren Bedeutung bezeichnet man damit das gesammte positive Recht eines Volkes überhaupt, als ein Erzeugniß seines Geistes, also ohne Rücksicht auf das individuelle Organ (Gesetzgebung, Gewohnheit, Wissenschaft), durch welches dasselbe in's Leben gerufen worden ist. In der engeren (häufigeren) Bedeutung dagegen versteht man darunter blos und allein das Gewohnheitsrecht, da und insoferne dieses auf dem unmittelbaren Bewußtsein und der Uebung des Volkes selbst beruht. Man gebraucht also in solchem Sinne die Ausdrücke: „Volksrecht" und „Gewohnheitsrecht" als völlig synonyme Bezeichnungen.

In welcher dieser beiden Bedeutungen aber das Wort: „Volksrecht" auch genommen werden möge, so kann der von Beseler zwischen ihm und dem Gewohnheitsrechte statuirte Gegensatz keinesfalls zugestanden werden. Ein Gewohnheitsrecht, welches den Bedürfnissen, Anschauungen und Ueberzeugungen des Volkes widerspricht, entbehrt eben an und für sich der Realität. In den vorausgesetzten Fällen seiner vermeintlichen Existenz liegt vielmehr blos das reine Faktum der Uebung oder Gewohnheit vor, welchem gerade

das Rechtsmoment fehlt. Es gibt also überhaupt kein (gemeines) Gewohnheitsrecht von antinationaler Natur und Beschaffenheit. Dadurch, daß die Gewohnheit zum Rechte wird, erlangt sie eben ihre nationale Farbe und Beglaubigung; gerade durch diesen ihren rechtlichen Charakter offenbart sie sich als die Volksüberzeugung und gestaltet sie sich zum Volkswillen. Auch ein ursprünglich dem Volkssinne fremdes, ja sogar entgegengesetztes und feindliches Element kann im Wege einer solchen allmäligen, innerhalb großer Zeiträume sich vollziehenden, Entwicklung seine ursprüngliche Natur abstreifen und ändern; es kann sich auf solchem Wege dem Volksleben und Volksgeiste assimiliren, d. h. nationalisiren, wie dies bei dem Römischen Rechte in Deutschland wirklich zugetroffen ist. Das Moment der Allmäligkeit und Gewöhnung mildert solchen Falles die anfänglichen Härten, schleift die ursprünglich schroffen Seiten immer mehr ab, und bewirkt die Versöhnung und Vereinigung der (in ihrer unvermittelten Gestalt als disparate oder inkompatible Potenzen erscheinenden) verschiedenartigen Elemente. Auf dem Wege eines solchen Assimilirungs-Prozesses kann also der Geist einer Nation einen ursprünglich fremden und widerstrebenden Stoff in sich aufsaugen, verarbeiten, sich anbilden, umgestalten, und sich vollkommen zu eigen machen. (Zu vergl. auch Abtheilung I, Note 187, S. 407 ꝛc.)

Die abweichende Auffassung Beseler's leidet an dem, schon von Puchta angedeuteten, Hauptmangel, daß ihr ein unrichtiger, beziehungsweise ein schwankender und wechselnder Begriff des „Volkes“ zu Grunde liegt. Beseler versäumt es nämlich, bei dem Gebrauche dieses so vieldeutigen Ausdruckes mit der erforderlichen, kritischen Achtsamkeit zu Werke zu gehen, und daher an den entscheidenden Stellen von dessen jeweiligem Sinne sich eine genaue Rechenschaft zu geben. —

Alle seine Ausführungen über das Volksrecht in dem besonderen Sinne, welchen er demselben unterlegt, sind auf die vulgäre Vorstellung vom Volke gegründet, keineswegs aber auf den wahrhaften Begriff desselben. Er faßt also hiebei das Volk als den Inbegriff der Nicht-Juristen oder Laien, d. h. der nicht rechtswissenschaftlich gebildeten Volksgenossen auf, und verlegt demzufolge den Schwerpunkt in denjenigen Theil des Volkes, welcher die Erkenntniß und Anwendung des Rechtes nicht als einen besonderen Lebensberuf betreibt. Obschon er daher, in Uebereinstimmung mit Savigny und Puchta, sich ausdrücklich dafür erklärt, daß als der eigentliche Sitz und Erzeuger des Volksrechtes das Volk in seiner natürlichen Einheit und Individualität, oder als ein Natur-Ganzes betrachtet werden müßte (zu vergl. besonders die oben S. 48 citirte Stelle): so läßt er dennoch bei seinen weiteren Ausführungen diesen richtigen Begriff wieder fallen, und vertauscht ihn sofort in einer unwillkührlichen und unbemerkten Weise mit dem erwähnten, trivialen oder vulgären Begriffe des Volkes. Gerade da also, wo die Handhabung jenes, von ihm adoptirten, richtigen Sinnes von der größten, entscheidendsten Bedeutung wäre, vermag er ihn nicht festzuhalten und zur consequenten Anwendung zu bringen. Im Gegensatze zu seiner desfallsigen Grundanschauung muß man vielmehr von der Voraussetzung ausgehen, daß zwar die Juristen ohne das Volk in dem Beseler'schen Sinne kein Recht zu erzeugen vermögen, aber noch viel weniger dieses Volk ohne die Juristen.

Mit beißender Schärfe bemerkt in solcher Richtung Puchta a. a. O. S. 28 und 29: „Wie ist Beseler zu diesem willkührlichen Begriff von Volksrecht und seinen Gegensätzen gekommen, oder wie ist es geschehen, daß er daran hängen geblieben ist? Ich glaube, unter Anderem durch Vernach-

lässigung der ersten Regel für Den, der sich eines so vieldeutigen Wortes, wie Volk es geworden ist, bedient, nämlich sich in jedem Momente genau über die Bedeutung desselben Rechenschaft zu geben. Wäre ihm aufgegeben worden, sich überall des weniger proteusartigen Wortes Nation zu bedienen, vielleicht wären zwei Drittheile seines Buches oder mehr ungeschrieben geblieben."

Noch genauer beleuchtet Puchta diesen Mangel a. a. O. S. 16 und 17 mit folgenden Worten: „Es war der bedeutendste Schritt zur wahren Theorie der Rechtsentstehung, daß man aufhörte, das Volk in dem politischen Sinne der Regierten als die Quelle des ungeschriebenen Rechtes zu betrachten, wie es lange in verschiedenen Gestalten geschehen war, daß man das natürliche Ganze, die Nation, als Subjekt des Rechtsbewußtseins erkannte. Beseler hat die redliche Absicht, sich nicht von dieser wesentlichen Bedingung eines richtigen Verständnisses zu entfernen, er weist ausdrücklich die ältere Vermischung mit dem Inbegriffe der Unterthanen zurück. Leider hat ihn dies nicht verhindert, mit dem Worte Volk doch auch wieder unversehens einen, in der vulgären Sprache nicht eben ungewöhnlichen, aber von dem der Nation wesentlich verschiedenen Begriff zu verbinden. Aus seiner ganzen Abhandlung geht nämlich hervor, daß er unter Volk blos das übrige Volk ohne die juristisch gebildeten Glieder der Nation versteht. Zu seinem Volke, zu seiner Nation gehören allerdings nicht blos die Bauern und der geringere Bürgerstand, wiewohl er eben so gut und mit derselben Unterstützung durch einen vulgären Sprachgebrauch auch diese Grenze hätte ziehen können, nein er rechnet auch die Gebildeten dahin, sogar den ganzen hohen Adel; nur die Rechtsgelehrten schließt er aus, diese werden, man weiß nicht wie, durch die Wissenschaft, mit der

sie sich befleckt haben, des unmittelbaren nationellen Rechtsbewußtseins ohne Weiteres beraubt. Seine Ansicht läßt sich auch hier als ein Rückschritt zu einem früheren Standpunkte bezeichnen, nur daß er diesem eine andere Gestalt gibt. Sonst sollte das Volk gegen die Regierung, jetzt soll es gegen seine Juristen Front machen."

Aus dem eben besprochenen Grundirrthume der Beseler'schen Theorie fließen alle weiteren Mängel und Mißverständnisse derselben als nähere oder entferntere Consequenzen ab. Hieraus erklärt es sich daher namentlich, daß er sein Volksrecht in dem Bewußtsein oder in der Anschauung des Volkes, d. h. der Nicht-Juristen, eine lebendige Existenz gewinnen und besitzen läßt; daß er ferner der häufigen (von Thöl a. a. O. S. 76—80 überzeugend nachgewiesenen) Verwechslung der Anschauung oder Kenntniß des Rechtes mit dessen Erzeugung sich schuldig macht; daß er überdies nur durchaus unzulängliche und rein subjektive Erkenntnißquellen für jenes Volksrecht anzugeben weiß (worauf wir später zurückkommen werden), und schließlich sich sogar genöthiget sieht, hiefür zu dem blosen, willkührlichen Gefühle und dem natürlichen Takte des einzelnen Juristen seine Zuflucht zu nehmen; daß er einen kaum ausführbaren, völlig unpraktischen Vorschlag in Betreff der Einführung von gemischten Volksgerichten befürwortet; und daß endlich seine ganze Darstellung überhaupt von mancherlei inneren Widersprüchen, Schwankungen und Unklarheiten sich nicht frei zu erhalten vermochte (über welchen letzteren Mangel namentlich die Schrift Thöl's ein eigenthümliches Schlaglicht zu werfen versucht).

Eben so wenig, als den Grundbegriff des von Beseler statuirten Volksrechtes vermögen wir nun aber auch dessen, hiemit zusammenhängende, Annahme eines abnormen und volkswidrigen Entwicklungsprozesses des Rechtes anzuerkennen. Ein solcher, den Bedürfnissen, den Tendenzen, dem Sinne und dem Willen des Volkes widersprechender Verlauf der Rechtsentwicklung erscheint als eine reine Fiktion oder als eine blos subjektive, der objektiven Realität schlechthin entbehrende, Vorstellung. Der von Savigny und Puchta aufgedeckte Zusammenhang des positiven Rechtes mit dem Volksgeiste muß als ein der Naturnothwendigkeit angehöriger betrachtet werden, welcher überhaupt keine Unterbrechung oder Aufhebung insolange erfahren kann, als die Nation selbst ihr thätiges Leben nicht beschlossen hat, und ihr Geist nicht vollständig versunken, verdumpft und erstorben ist (zu vergl. auch die Note 156 in der ersten Abtheilung).

Der von den Häuptern der sog. historischen Schule geschilderte Entstehungs- und Entwicklungs-Prozeß des Rechtes darf also keineswegs, wie Beseler behauptet, als ein blos idealer aufgefaßt werden, sondern bildet vielmehr einen durchaus realen Vorgang, welcher in der Geschichte und in ihrem unaufhörlichen, lebendigen Fortschreiten sich stets vollzieht. Jener Auffassung über die Rechtserzeugung muß man, meiner Ueberzeugung nach, in allen ihren wesentlichen Momenten beistimmen, und darf hierin keineswegs die Conzession einer oder der anderen Abweichung machen. Aus dem von Savigny und Puchta entwickelten, consequenten Gedankensysteme läßt sich nicht willkührlich ein bedeutsames Glied herausnehmen; aus diesem ganzen, fest gefugten und soliden, Baue kann man keinen Stein hinwegziehen, ohne denselben in seinen Grundlagen zu erschüttern, und den Sturz des Ganzen herbeizu-

führen. Sobald man mit Beseler die Möglichkeit einer andauernden krankhaften oder abnormen Entwicklung des Rechtes aufstellt, welche durch die Kraft des gesunden Organismus des Volkes nicht überwunden wird; so ist keine Grenze mehr für die willkührlichsten Hypothesen und subjektivsten Behauptungen gegeben, da hierdurch dem Rechte seine sichere, feste, objektive Basis gänzlich entzogen wird. Wahrhaftes und wirkliches (allgemeines) Recht kann vielmehr auf dem Wege jener natürlichen Produktion stets nur Das werden, was dem organischen, normalen und gesunden Volkssinne entspricht. — In solcher Richtung unterscheidet sich vielmehr zu seinem größten Vortheile das Gewohnheitsrecht sehr wesentlich von den Gesetzen. Diese können nämlich wegen ihrer äußerlichen Autorität und ihrer formellen Geltung recht wohl Rechtsnormen feststellen, welche weder den Bedürfnissen, noch dem wahrhaften Sinne, Willen und Geiste des Volkes entsprechen; was namentlich bei alten, einer vorgeschrittenen Zeit nicht mehr conformen, (veralteten) Gesetzen einzutreten pflegt, da diesen —, wie Savigny a. a. O. S. 42 sich ausdrückt, — „die, überall wahrzunehmende, widerstehende Kraft des geschriebenen Buchstabens inwohnt.“ Das Gewohnheitsrecht dagegen trifft und befriedigt immer ein wirkliches, wahrhaftes Bedürfniß des Volkes. Bei ihm sowohl, als auch bei dem, hierin vollkommen mit ihm übereinstimmenden, wissenschaftlichen Rechte, verbürgt die unsichtbare, unbewußte und allmälige Entstehung das Zusammenfallen mit der nationalen Ueberzeugung und dem nationalen Willen; denn dasselbe hat, wie Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, B. I. S. 8, treffend bemerkt, „die Sicherheit und Unfehlbarkeit der Natur.“

Freilich kann von einem höheren, vorgerückten Standpunkte der Bildung aus ein früheres Gewohnheitsrecht als

unzweckmäßig, ungenügend und begriffswidrig sich darstellen. Allein solchen Falles ist die ganze Geistesentwicklung des Volkes selbst vorgeschritten; dieses hat die frühere Stufe seiner Bildung überwunden, und eine neue, höhere Stufe entweder bereits erklommen, oder doch wenigstens begonnen, zu derselben sich zu erheben. Demzufolge wird auch unter solcher Voraussetzung an die Stelle jenes älteren Gewohnheitsrechtes ein neues getreten sein, oder doch zu treten im Begriffe stehen. Hierauf beruhen ja die Fortbildung und der Fortschritt des Rechtes überhaupt, welche mit der voranschreitenden allgemeinen Entwicklung des Volksgeistes in einem wesentlichen Zusammenhange stehen. Wenn man diese Betrachtunsweise eine ideale nennen will, so darf man unter derselben nur nicht eine abstrakt-ideale verstehen, sondern muß sie vielmehr als eine real-ideale anerkennen, d. h. als eine solche, welche in den geschichtlichen Vorgängen und in den thatsächlichen Verhältnissen der realen Welt den idealen Kern erkennt und anschaut.

---

§. 5.

Mit den, seither besprochenen, mangelhaften Seiten der Volksrechts-Theorie Beseler's steht nun aber auch eine weitere Unzulänglichkeit derselben in unmittelbarer Verbindung, hinsichtlich deren wir übrigens Puchta's schroffem Verdammungs-Urtheile auch nach seinem materiellen Inhalte nicht durchaus beizupflichten vermögen. Beseler statuirt nämlich eine Art oder einen Bestandtheil des Gewohnheitsrechtes, welchen er lediglich durch die Gewohnheit erzeugen und zur Erkenntniß gelangen läßt. Von diesem Zweige desselben (welchen man auch als „Gewöhnungsrecht" bezeichnen könnte) behauptet er auch, daß er dem Volksrechte bald in gleichgültiger, bald

in feindlicher Haltung gegenüberstehe. Da er nun den, solchergestalt von ihm aufgestellten, engeren Begriff des Gewohnheitsrechtes auf S. 76 selbst als denjenigen Punkt bezeichnet, worin seine Schrift wesentlich von der früheren historischen Rechtslehre abweiche, und von welchem sie gewissermaßen ihren eigentlichen Ausgang genommen habe; so kehrt Puchta a. a. O. S. 22 und 23 hiegegen die folgenden, polemischen Aeußerungen:

„Wie kommt nun Beseler zu einem Conflikt mit dem Volksrechte? Sehr einfach dadurch, daß er das für die Autorität der Gewohnheit gewonnene Prinzip aufgibt, und zu der vernunftlosen Vorstellung zurückkehrt, das Recht entstehe durch Gewohnheit, wie durch eine Art von Verjährung. Er versichert, „gewissermaßen" habe seine Schrift von dieser Vorstellung ihren „eigentlichen" Ausgang genommen, und wirklich ist bei manchen ihrer Resultate eine solche Abstammung ganz und gar nicht unglaublich. Vielleicht indessen hat doch auch umgekehrt die Volksrechtsgrille auf die Umkehr zu dem Grabe jener älteren Meinung einigen Einfluß gehabt. Gar Manches, was als gültiges Volksrecht in Anspruch genommen werden soll, widerspricht dem wahren Volksrechte, das mit dem Gewohnheitsrechte identisch ist; da war es eine bequeme Auskunft, das letztere um seine Ehre zu bringen, und zu etwas zu machen, was Irrthum und Verkehrtheit anfangen, Blindheit und geistige Beschränkung fortsetzen, und die blosen sich abrollenden Tage vollenden mögen. Es als kopflose Mißgeburt darzustellen, scheint mir ein Kunstgriff unseres Autors, damit wir für die Schönheiten seines Volksrechtes desto empfänglicher würden; die Fundamente unseres sicheren Wohnhauses sucht er wegzunehmen, damit die Desperation uns in die weitgeöffneten Pforten seines Luftschlosses treibe."

Dieser Vorwurf Puchta's geht nun aber, wie mir

scheint, viel zu weit, da Beseler seiner Annahme eines durch die Gewohnheit an sich produzirten Rechtes engere Grenzen setzt, als hiebei vorausgesetzt werden, und daher des Rückschrittes zu der von der sog. historischen Schule (und zwar namentlich von Puchta selbst in seinem Werke über das Gewohnheitsrecht) siegreich bekämpften, älteren Theorie keineswegs in einer solchen unbedingten Weise beschuldigt werden kann. Bei genauerer Prüfung der Beseler'schen Deduktionen zeigt sich nämlich, daß dieselben eigentlich zwei Arten, oder Zweige, oder Elemente des Gewohnheitsrechtes von einander unterscheiden. Bei dem einen Elemente, welches er als „Volksrecht" bezeichnet, huldigt Beseler durchaus der Lehre der historischen Schule, und faßt daher hiebei die Gewohnheit blos als die äußere Erscheinungsform und als das Erkenntnißmittel (übrigens letzteres nicht in ausschließlicher Eigenschaft) jenes Rechtes auf [15]). Bei dem anderen Elemente dagegen, welches er als „Gewohnheitsrecht" im engeren und eigentlichen Sinne bezeichnet, erklärt er das Recht selbst für das Produkt der Gewohnheit. Sein ganzer Mißgriff besteht nun aber, meiner Ansicht nach, nur darin, daß er dem, zuletzt erwähnten,

15) Aus der oben S. 45 citirten Aeußerung geht zweifellos hervor, daß Beseler sowohl das Volksrecht, als auch das Gewohnheitsrecht zu dem ungeschriebenen Rechte rechnet, mit welchem letzteren Ausdrucke er eigentlich Das bezeichnet, was die Savigny-Puchta'sche Lehre als Gewohnheitsrecht auffaßt. — Zu vergl. auch Beseler, System des deutschen Privatrechts, B. I. §. 29. S. 127. Note 1—3. — Daß übrigens die Gewohnheit oder Uebung, wenn auch ein unentbehrliches Requisit für die Entstehung des ungeschriebenen Rechtes, so doch keineswegs das ausschließliche Erkenntnißmittel desselben bilde: Dies erkennt auch Puchta selbst für das Gewohnheitsrecht in seinem Sinne an, indem er im 3ten und 4ten Capitel seines, diesem Gegenstande speziell gewidmeten, Buches als Beweismittel für dessen Existenz auch bezeichnet: das Zeugniß kundiger Personen, Aufzeichnungen, Parömien, richterliche Urtheile 2c.

blosen Gewöhnungsrechte eine viel zu große Ausdehnung gibt, und dasselbe nicht, gleich Savigny in seinem Systeme des heutigen Römischen Rechts, B. I, §. 12, S. 35 und 36, auf solche Fälle beschränkt, welche eine rein positive und willkührliche Natur an sich tragen, und besonders mit Zahlen-Verhältnissen zusammenhängen, z. B. die Verjährungsfristen, die äußeren Formen der Rechtsgeschäfte rc.: „In allen Fällen dieser Art —, sagt Savigny, — werden wir mit unserem früheren Denken und Wollen eine Autorität für uns selbst in jeder späteren Anwendung, und so kann allerdings die Gewohnheit als solche auf die Rechtsbildung Einfluß haben. Es wirkt hier das Gesetz der Continuität menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände: ein Gesetz, welches auch in manchen einzelnen Rechtsinstituten von ausgedehntem Einflusse ist."

Wenn und insoferne daher Beseler namentlich auch die Rezeption des Römischen Rechtes in Deutschland auf ein solches bloses Gewohnheitsrecht in dem zuletzt angegebenen Sinne zurückführt; wenn und insoferne er sogar den größten Theil des deutschen Juristenrechtes überhaupt für ein derartiges Gewohnheitsrecht erklärt: so treffen ihn alle diejenigen kritischen Bemerkungen und Ausstellungen, welche wir schon seither gegen seine willkührliche Annahme eines (materiellen) Unterschiedes zwischen dem Volksrechte und Gewohnheitsrechte, beziehungsweise eines abnormen Entwicklungsganges des Rechtes, geltend gemacht haben. Eben so wenig, als es ein wahrhaftes Gewohnheitsrecht von einer antinationalen Natur und einem der Volksüberzeugung widersprechenden Inhalte geben kann: eben so wenig dürfen solche überaus einflußreiche, tief in das Volksleben eingreifende, und während vieler Jahrhunderte sich bildende und fortsetzende, Thatsachen, wie die Aufnahme des Römischen Rechtes in Deutschland, auf eine blose, des natio-

nalen Bedürfnisses entbehrende, oder demselben sogar direkt widersprechende, Gewohnheit zurückgeführt werden [16]). „Daß irgend einmal eine nationelle Regung existirt hätte, — bemerkt gegen diese Auffassung Puchta a. a. O. S. 21 mit bitterer Ironie, — auf welche jenes große Ereigniß (nämlich die Rezeption des Römischen Rechtes) zurückgeführt werden könnte,

---

16) Gegen eine solche, bei dem nichtjuristischen Publikum vielfachem Anklange und ermunterndem Beifalle begegnende, Betrachtungsweise hat namentlich auch Savigny einen sehr häufigen und stets festgehaltenen Widerspruch, unter vortrefflicher Darlegung seiner wohlbegründeten Motive, erhoben. So bemerkt er hierüber z. B. in seiner mehrgenannten Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 37 und 38: „Ueber dieses fremde Element unseres Rechtes sind auch schon längst bittere Klagen erhoben worden. Das Römische Recht soll uns unsere Nationalität entzogen haben, und nur die ausschließende Beschäftigung unserer Juristen mit demselben soll das einheimische Recht gehindert haben, eine eben so selbstständige und wissenschaftliche Ausbildung zu erlangen. Beschwerden dieser Art haben schon darin etwas Leeres und Grundloses, daß sie als zufällig und willkührlich voraussetzen, was ohne innere Nothwendigkeit nimmermehr geschehen, oder doch nicht bleibend geworden wäre. Auch liegt überhaupt eine abgeschlossene nationale Entwicklung, wie die der Alten, nicht auf dem Wege, welchen die Natur den neueren Völkern angewiesen hat; wie ihre Religion nicht Eigenthum der Völker ist, ihre Litteratur eben so wenig frei von den mächtigsten äußeren Einflüssen, so scheint ihnen auch ein fremdes und gemeinsames bürgerliches Recht nicht unnatürlich. Ja sogar nicht blos fremd überhaupt war dieser Einfluß auf Bildung und Litteratur, sondern größtentheils Römisch, eben so Römisch, als jener Einfluß auf unser Recht." — In ähnlichem Sinne äußert sich Savigny in der Vorrede zum ersten Bande seines Systemes des heutigen Römischen Rechts, S. XIV—XVIII, S. XXX—XXXII, gleich wie in diesem Bande selbst, S. 80; ferner in der (im Jahre 1848 geschriebenen) Vorrede zum siebenten Bande S. III—X; in der ersten Beilage zur Schrift über den „Beruf unserer Zeit", welche aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. 3. H. 1, wiederabgedruckt ist, und die Ueberschrift trägt: „Stimmen für und wider neue Gesetzbücher", S. 166, ꝛc. — Die gleichen Grundgedanken sind in prägnantester und conzentrirtester Form wiedergegeben in Puchta's „Pandekten" §. 7.

daran ist natürlich gar nicht zu denken, — so wenig wie bei unseren Constitutionen, von denen Niemand behaupten wird, daß sie auf deutschem Boden gewachsen sind. Was muß es denn wohl gewesen sein, das die ersten Deutschen in bedeutender Zahl nach Bologna getrieben hat? Waren es vielleicht die Seelen der künftigen deutschen Juristen, die damals schon in anderen Leibern ihr Unwesen trieben?"

Von dem Boden unserer, seither näher begründeten, Auffassung aus lassen sich also der Beseler'schen Volksrechts-Theorie vornehmlich zwei, in innigem Zusammenhange stehende, und wohl aus einer und derselben Abstraktion hervorgehende, Hauptmängel vorwerfen. Auf der einen Seite statuirt Beseler nämlich ein Volksrecht, welchem die äußere, reale Existenz und die objektive Erkennbarkeit fehlt, auf der anderen Seite dagegen ein Gewohnheitsrecht, welches des inneren Werthes und der wahrhaften Bedeutung entbehrt. Bei dem Ersteren ist blos ein inneres Moment ohne das, ihm entsprechende, äußere vorhanden; bei dem Letzteren dagegen umgekehrt dieses ohne jenes. Sein Volksrecht kann daher als eine Seele ohne Leib, sein Gewohnheitsrecht dagegen umgekehrt als ein Leib ohne Seele betrachtet werden.

Der eben bemerklich gemachte Mangel des von Beseler aufgestellten Volksrechtes offenbart sich nun aber auf die deutlichste und unwidersprechlichste Weise in seinen Ausführungen über dessen Erkenntnißquellen [17]). Mit vollem Rechte

17) Den, mehrfach gerügten, Mangel an objektiver Erkennbarkeit des Beseler'schen Volksrechtes macht auch Stahl, Philosophie des Rechts, 3te Auflage, Bd. II. Abth. 1. Buch 2. §. 20 und §. 24 je in der Note, S. 239 und 260, der betreffenden Theorie zum Vorwurfe, in-

sagt daher Puchta a. a. O. S. 18 von diesen Ausführungen, daß dieselben die Schwierigkeit der Beseler'schen Lehre eher in's Licht zu setzen, als zu heben geeignet seien. Als Belege für diese Behauptung mögen hier aus seiner betreffenden Darstellung (deren nicht sehr klarer und widerspruchsvoller Charakter von Thöl a. a. O. S. 82--85 und S. 99—104 treffend aufgedeckt worden ist) die folgenden Punkte hervorgehoben werden:

Zunächst schreibt Beseler das unmittelbare Bewußtsein oder die unmittelbare Anschauung dieses Rechtes dem Volke selbst, beziehungsweise den engeren Kreisen desselben, zu. „Das Volk in seiner Gesammtheit oder in seinen engeren Kreisen, wie nun der Umfang des Rechtes sich darstellt, hat von demselben eine unmittelbare Anschauung, welche in den Zuständen

---

dem er behauptet, daß die Annahme eines solchen, vom Gewohnheits- und Juristenrechte unterschiedenen, Volksrechtes auf derselben unstatthaften Voraussetzung beruhe, wie der früher übliche Begriff des Naturrechtes. „Ein Volksbewußtsein allerdings gibt es, — sagt er in solcher Richtung an der zuletzt angeführten Stelle, — das von der Gewohnheit unterschieden ist, dem diese möglicherweise nicht mehr entspricht, eben so wie es Rechtsideen gibt, die vom positiven Rechte unterschieden sind. Das hat noch Niemand geläugnet. Denn ob nun wirklich in Deutschland das bestehende Recht dem Volksbewußtsein widerspricht und inwieweit, ferner ob die Rezeption des römischen Rechts im Ganzen und in den bestimmten Materien gegen das Volksbewußtsein und Volksbedürfniß durch die Jurisprudenz vor sich gieng, das sind nicht prinzipielle, sondern historisch thatsächliche Fragen, über die es deshalb nur Meinungen der Individuen, nicht ein Bekenntniß einer Schule gibt. Aber ein Volksrecht neben dem Gewohnheitsrechte gibt es so wenig, als ein Vernunftrecht neben dem positiven. Jenes Volksbewußtsein, das noch nicht in der Gewohnheit fixirt ist — die Dauer der Beobachtung enthält eben die Fixirung — hat keine Berechtigung, keine verbindende Kraft, ja keine Fähigkeit, vom Richter befolgt zu werden, und würde ihm solche beigelegt, so müßte daraus unsägliche Verwirrung und Unsicherheit des Rechtes entstehen.“ — Zu vergl. auch Stahl a. a. O. S. 269 und 270.

und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen rechtlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschende Norm kennt und handhabt. Eben so verhält es sich mit jedem Einzelnen, in dessen Bewußtsein sich vermöge seiner Stellung und seiner Lebens- und Geschäftserfahrung die gemeinsame Rechtskunde abspiegelt; er bedarf keiner besonderen Mittel, um dazu zu gelangen, sondern es genügt ihm, wenn er sich eben nur seines Zusammenhanges mit der Gesammtheit in dieser Hinsicht sicher ist" (S. 109).

Diese naive und unmittelbare Rechtskenntniß erklärt er nun aber in und für die Zeiten einer vorangeschrittenen Bildung als unzureichend, abnehmend und verschwindend. Von nun an werde eine sinnende Betrachtung und eine gewisse Kritik, ja bald sogar, wie z. B. schon zur Zeit des Sachsenspiegels, ein Studium des positiven Rechtsmateriales nöthig. Seit der Rezeption des Römischen Rechtes endlich (von welchem Zeitpunkte an Beseler den politischen Verfall der deutschen Nation datirt) sei die Sicherheit der unmittelbaren Rechtsanschauung des Volkes einzig und allein für das Stände-Recht, und auch hier nur in einer wesentlich verkürzten und gebrochenen Weise, bestehen geblieben (S. 110 und 111).

Nachdem nun Beseler die ältere Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechtes geschildert, und gezeigt, wie die damaligen Romanisten und Germanisten von einem solchen civilprozeßmäßigen Beweise die Anwendung des Volksrechtes abhängig machten; nachdem er ferner darauf hingewiesen, wie seit der Mitte des 17ten Jahrhunderts die neu entstandene Wissenschaft des deutschen Privatrechtes manchen einheimischen und volksrechtlichen Instituten die praktische Geltung verschafft habe (S. 111—114): stellt er für die Erlangung der Erkenntniß des heutigen Volksrechtes von Seiten desjenigen,

welchem dasselbe nicht aus unmittelbarer Anschauung und Lebenserfahrung bekannt sei, die folgenden Mittel und Wege auf:

1) die Beobachtung und Erforschung an geeigneter Stelle, und zwar namentlich die direkte Erkundigung bei dem Volke selbst (S. 119—126).

Das Ungehörige, Unsichere, Unbestimmbare und absolut Willkührliche dieses Erkenntnißmittels bedarf wohl keiner näheren Ausführung, und geht aus seiner eigenen weiteren Darstellung mit der vollkommensten Evidenz hervor. Er sieht sich deshalb auch genöthiget, zu den allgemeinsten und abstraktesten Bestimmungen seine Zuflucht zu nehmen. Er verlangt daher z. B. für den Erfolg jener Erkundigungen: „einen unbefangenen, verständigen Sinn, einen natürlichen Blick, den Eifer für das Wirkliche und Wahre"; er schlägt hiefür vor: die Anwendung litterarischer Hülfsmittel, die Forschung in den Gesetzen, die Nachfrage bei den Betheiligten selbst, oder bei solchen „erfahrenen und zuverlässigen Leuten, denen die betreffenden Rechtsverhältnisse ganz geläufig seien, und von denen man nach ihrer Stellung und ihrem Charakter erwarten dürfe, daß sie die Wahrheit nach bestem Wissen sagen würden"; er fordert Denjenigen, welcher sich mit jenen Erkundigungen direkt an das Volk wenden wolle, dazu auf, „die rechte Mitte zwischen Zweifel und Glauben zu halten (eine Mitte, von welcher Puchta so treffend bemerkt, daß sie sicherlich unter allen eine der unentdecktesten sei); er richtet endlich an den Juristen die Mahnung, „stets dahin zu streben, sich in die Denkweise des Volkes zu versetzen, und so viel möglich sich selbst als einen Träger des Volksrechtes zu fühlen"; — rc. rc.

In unmittelbarem Zusammenhange hiemit stehen auch seine (im 9ten Capitel seines Buches entwickelten) Vorschläge für die Reform des deutschen Gerichtswesens, deren Mangel

an praktischer Ausführbarkeit Puchta a. a. O. S. 20—22 nachzuweisen sich bemüht hat [18]).

2) Die historische Forschung und die vermittelst derselben zu bewirkende Aufsuchung des Materiales für die Construktion der Rechtsinstitute (S. 127—139).

Das Verhältniß dieses Mittels für die Erforschung des Volksrechtes zu dem zuerst genannten bezeichnet er als das einer gegenseitigen Ergänzung und Unterstützung. Die in der germanistischen Wissenschaft seither zumeist beobachtete, geschichtliche Methode unterwirft er einer scharfen Kritik, und legt an dem Beispiele der Auflassung die Beschaffenheit seiner eigenen, an die Stelle jener zu setzenden, Methode dar, deren Wesen er mit folgendem, ganz allgemeinem und vagem, Ausspruche charakterisirt: „Wie jeder andere Geschichtschreiber, hat nun auch der Rechtshistoriker alle Momente zusammenzufassen, welche ihm die einzelnen, geschichtlich begründeten, Ereignisse und Zustände zur Anschauung und zum Verständnisse bringen; er hat ihren inneren Zusammenhang zu erkennen, und die allgemeinen Rechtsideen in ihrer historischen Bewegung aus den Thatsachen darzustellen. So gewährt er nicht blos die rechte Einsicht in das gesammte Rechtsleben der Nation, sondern stellt auch die einzelnen Lehren klar und bestimmt in ihrer eigenthümlichen Bedeutung hin“ (S. 130).

---

18) Beseler schlägt hier die Einführung gemischter Gerichte vor, welche zum einen Theile mit rechtsgelehrten Mitgliedern, zum anderen, und zwar überwiegenden, Theile mit Männern aus dem Volke besetzt werden sollten. Die von ihm entwickelten, näheren Modalitäten für die Ausführung dieses Planes, wodurch er die altdeutsche Schöffen-Verfassung in einer neuen Form wiederbeleben will, haben Puchta zu der so sehr scharfen Bemerkung bestimmt, daß Beseler's Vorschlag wohl für einen der unpraktischsten erklärt werden dürfte, die je aus der Feder eines Gelehrten geflossen seien.

Den Beweis dafür, wie durch eine solche geschichtliche Forschung das lebendige, in der Gegenwart bestehende und geltende, Volksrecht ermittelt werden könne, ist nun aber Beseler schuldig geblieben, und würde er auch nie im Stande sein, denselben zu erbringen. Diesen Beweis kann man eben so wenig durch seine abstrakt-allgemeinen Deduktionen über den Charakter der wahrhaften historischen Methode an sich, als durch seine Ausführungen über die gerichtliche Auflassung insbesondere, für hergestellt erklären. Durch eine geschichtliche Forschung überhaupt vermag man ja nur das vergangene oder gewesene Recht, beziehungsweise dessen Zusammenhang mit dem gegenwärtigen, keineswegs aber dieses selbst zu erkennen, geschweige denn ein von dem wirklich bestehenden Rechte unterschiedenes Volksrecht. Denn eine solche Unterscheidung, wie sie Beseler für die Ermittlung seines, dem Gewohnheitsrechte gegenübergestellten, Volksrechtes verlangt, setzt nothwendiger Weise eine subjektive Reflexion und eine selbstthätige Bearbeitung des, auf anderweitigem Wege bereits erforschten, geschichtlichen und dogmatischen Materiales voraus. Auf dem Boden dieses subjektiven Denkens, welcher der Willkühr einen so großen, unbegrenzbaren Spielraum eröffnet, hat nun aber in der That die ganze Beseler'sche Volksrechts-Theorie ihren Ursprung gefunden, und aus ihm schöpft sie auch großentheils die Bestimmungen für ihren weiteren und näheren Ausbau. Ein ziemlich reiches Feld für solche mehr oder minder willkührliche Reflexionen bildet insbesondere auch das 8te Capitel über das Verhältniß des Volksrechtes zur Gesetzgebung. Hier erleidet sogar der von Beseler statuirte Grundbegriff des Volksrechtes eine wesentliche Modifikation und Umgestaltung. Er stellt nämlich auf S. 244 und 245 der gesetzgebenden

Gewalt die allgemeine Aufgabe, „eine solche Thätigkeit zu entwickeln, daß sie die Rechtsideen, welche schon im Volke vorhanden seien und nach einer Verkörperung ringen, klar und bestimmt in's Leben rufe, oder solche Institute schaffe, welche dem wahren Bedürfnisse des Volks- und Staatslebens entsprächen." Indem er nun aber sofort den Ausspruch hinzufügt: „Weiß sie hier das Rechte zu treffen, so wird auch die neue Schöpfung bald mit dem Bestehenden verwachsen, und in das gemeinsame Bewußtsein übergehen": so zeigt er deutlich, daß das von ihm in einem besonderen Sinne aufgestellte Volksrecht keineswegs immer mit denjenigen Rechtssätzen oder Rechtsinstituten zusammenfalle, welche dem wahren Bedürfnisse des Volks- und Staatslebens entsprechen [19]). Er müßte daher consequenter Weise innerhalb seines Volksrechtes selbst wieder eine ähnliche Unterscheidung statuiren, wie er sie zwischen dem Volksrechte einerseits und dem Gewohnheitsrechte andererseits in der That behauptet und durchführt.

---

§. 6.

II. Das Juristenrecht.

Was zunächst den von Beseler aufgestellten, eigenthümlichen Begriff des Juristenrechts betrifft, so will er unter demselben nur und allein das von den Juristen erzeugte Recht verstanden wissen. Er scheidet demzufolge aus dessen

---

19) Diese durch die Gesetzgebung neu zu schaffenden Rechtssätze und Rechtsinstitute setzt er nämlich ausdrücklich dem bereits bestehenden Volksrechte entgegen, und liefert also hierdurch den Beweis, daß er dieses letztere nicht durchaus und für sich allein für genügend hält, um alle wahren Volksbedürfnisse zu befriedigen.

Umkreise das wissenschaftliche Recht in einem doppelten Sinne aus. Einerseits nämlich dürfte letzteres in seiner weitesten Ausdehnung und Bedeutung, vermöge deren es das ganze positive Rechtsmaterial, also sowohl das Gesetzes=, als auch das Volks=Recht umfasse, keineswegs als ein solches Juristenrecht betrachtet werden. „Denn die Wissenschaft in ihrer doppelten Richtung —, sagt er S. 85 und 86, — als Rechtslehre und Rechtsanwendung bringt den vorhandenen Stoff in eine systematische Einheit; sie zieht das Volksrecht so gut, wie das Gesetzesrecht, in den Kreis ihrer Thätigkeit, würdigt jedes in seiner besonderen Bedeutung, bestimmt das Verhältniß der einzelnen Theile zu einander und zum Ganzen, stellt die nicht speziell normirten Rechtssatzungen durch die Entwicklung aus den Prinzipien des positiven Rechtes und aus der Natur der Dinge fest, und bildet vielleicht in ihrer freiesten Bewegung selbstständige Rechtsinstitute. In diesem Sinne würde also das Juristenrecht nichts Anderes sein, als das Recht in seiner wissenschaftlichen Verarbeitung, und es ist jedenfalls willkührlich, wenn man dann das Volksrecht darin aufgehen läßt, nicht aber das Gesetzesrecht. Denn seiner ursprünglichen Entstehung nach ist jenes eben so selbstständig, wie dieses, und ob es aus dem Gesammtbewußtsein des Volkes später herausgetreten ist, und sich bei der überwiegenden Herrschaft des Juristenstandes in dessen Rechtsanschauung conzentrirt hat, das ist immer etwas Zufälliges, eine quaestio facti, deren Lösung von der genauen Untersuchung des einzelnen Falles abhängt; aus allgemeinen Prinzipien läßt es sich nicht deduziren. In dieser Auffassung würde also mit dem Ausdrucke Juristenrecht oder Recht der Wissenschaft kein nach seiner Quelle bestimmter Rechtstheil, sondern ein bestimmter Zustand des Rechtes überhaupt bezeichnet sein.“

Auf der anderen Seite will er zu dem Juristenrechte auch dasjenige wissenschaftliche Recht nicht gezählt wissen, welches auf der Deduktion aus dem Geiste des positiven Rechtes und aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse beruhe, da auch dieses keine eigentliche Produktion und wahrhafte Neubildung begründe, sondern nur solche Rechtsnormen zu Tage fördere, welche implicite in dem bestehenden Rechte schon enthalten seien. „Nun sind freilich —, fügt er auf S. 87 hinzu, — gerade die Juristen darauf angewiesen, auf dem Wege der Deduktion und Combination solche scheinbar verborgene Rechtsnormen mit der gehörigen Evidenz an's Licht zu fördern, und sie praktisch anzuwenden. Aber theils kommt ihnen diese Beschäftigung nicht ausschließlich zu, da in vielen Fällen vom Volke selbst eine solche Operation unmittelbar, wenn auch nicht nothwendig als eine richterliche Funktion, vorgenommen wird; theils liegt in jener Thätigkeit überhaupt keine Rechtsbildung, so wenig der Bergmann das Erz bildet, welches er aus dem Inneren der Erde auf die Oberfläche bringt. Nur dann würde der Juristenstand für diese Art der Thätigkeit die Bedeutung einer Rechtsquelle in Anspruch nehmen können, wenn er den aufgefundenen Rechtssatz unter seinen Händen zu einer neuen Gestalt umprägte, so zu sagen eine Spezifikation daran vornähme, und sich also zu dem gegebenen Stoffe schaffend verhielte“ [20]).

---

20) Die Mangelhaftigkeit dieser Ansicht über die Produktivität der Wissenschaft haben Puchta S. 13 und 14 und Thöl S. 110—112 treffend nachgewiesen. Der eigenthümlichen Behauptung gegenüber, daß die Deduktion von Rechtssätzen aus dem gegebenen Rechte und seinen Prinzipien, oder aus der sog. Natur der Sache, keine wahrhafte Rechtsbildung begründe, eben so wenig, als der Bergmann das Erz bilde, welcher dasselbe aus der Erde ausgrabe, bemerkt Puchta Folgendes: „Wenn damit gesagt werden soll, daß eine wahre Schöpfung nur die aus

Für den wahren und eigentlichen Grund der praktischen Geltung seines Juristenrechtes erklärt er nun die thatsächsächliche Macht und Autorität des Juristenstandes. Er will daher den Grund für dessen formelle (gesetzliche) Kraft nicht in einem anderen, höheren Prinzipe, also namentlich nicht in dem Volkswillen, sondern einzig und allein in ihm selbst gesucht wissen; was er auch als einen Vorzug der Theorie Maurenbrecher's bezeichnet, zu welcher er sich übrigens in ihrer weiteren Ausführung keineswegs bekennt. Mit besonderer Anwendung auf das gemeine deutsche Juristenrecht führt er dessen positive Geltung auf die Thatsache zurück, daß die Juristen in Deutschland seit der Rezeption des Römischen Rechtes des ganzen Rechtswesens sich bemächtigt, dasselbe fast unbeschränkt beherrscht, und daher Das, was sie für positives Recht hielten und als solches anwandten, auch zur wirklichen Geltung gebracht hätten. Diesem ihrem Treiben

---

Nichts ist, so müssen wir dies freilich zugeben, aber dieser Wahrheit zugleich die Anwendbarkeit auf unsere Frage durchaus in Abrede stellen, da von diesem Gesichtspunkte aus überall von menschlichen Produktionen, namentlich also auch von menschlichen Rechtsquellen nicht die Rede sein könnte. Der Künstler wird in dem Maße gelobt, in welchem ihm eine dem darzustellenden Gedanken so angemessene Gestaltung gelingt, daß wir in ihr die ihm gleichsam angeborene und nothwendige Form zu erblicken glauben; in demselben Maße aber würde seiner Thätigkeit das Prädikat des Schaffens zu versagen, dagegen der des Pfuschers beizulegen sein, dessen mulier formosa superne desinit in atrum piscem. Eben so würde ein Volk, das die ihm eingepflanzte Rechtsidee auf die dem Begriffe des Rechtes gemäßeste und der Natur der gegebenen Verhältnisse entsprechendste Weise bis in die kleinsten Fäden ausbildet, in Beziehung auf die schaffende Kraft niedriger stehen, als das (wenn es ein solches gibt), welches von einem unbeständigen, hin und herspringenden, dem Widersprechenden und Ungleichen zugeneigten Geiste getrieben, ein Recht zur Welt brächte, von dem kein Satz zu dem anderen paßte."

habe hierauf die Gewohnheit die rechtliche Sanktion gegeben (S. 88).

Nicht einmal auf das Vertrauen, welches der Juristenstand bei dem Volke und der Regierung genießt, will Beseler (hierin von Maurenbrecher abweichend) die Autorität des Juristen-Rechtes gegründet wissen, sondern vielmehr lediglich auf die äußere Thatsache seiner Herrschaft (S. 90).

Die vollkommene Unzulänglichkeit dieser Beseler'schen Auffassung springt nun sofort in die Augen. Weßhalb soll denn jene Thatsache als solche zugleich auch Recht sein und Recht begründen? Aus dem Grunde, weil sie zur Gewohnheit geworden, antwortet Beseler, und erklärt folgeweise auch das deutsche Juristen-Recht nach seinem weitaus überwiegenden Inhalte für bloses Gewohnheitsrecht in dem eigenthümlichen (früher erwähnten) Sinne, welchen er diesem Worte unterlegt [21]. Beseler nimmt also hier die alte,

---

21) Hinsichtlich der von den Juristen ausgehenden Rechtserzeugung, beziehungsweise hinsichtlich der Begründung des Juristenrechtes in seinem Sinne, statuirt er übrigens auf S. 88 zwei Wege. Entweder nämlich giengen die Juristen hiebei mit Bewußtsein zu Werke, indem sie im Vertrauen auf ihre Stellung im Staate und auf ihre Herrschaft über den Rechtsstoff den bestimmten Willen hätten, neues Recht zu erzeugen, oder aber sie wirkten und schafften in einer unbewußten Weise vermöge einer allmäligen Entwicklung, also nach der Art des Gewohnheitsrechtes. Das Erstere sei bei der, durch das jus respondendi unterstützten, aber nicht wesentlich bedingten, Rechtsproduktion der klassischen Juristen der Römer der Fall gewesen; auf dem letzteren Wege dagegen sei das gemeine deutsche Juristenrecht entstanden (dessen Entstehung er mit der Rezeption des römischen Rechtes zusammenfallen läßt, S. 299). Eine solche Verschiedenheit in der Art und Weise der Rechtserzeugung zwischen den römischen und den deutschen, namentlich auch den heutigen, Juristen kann man nun im Allgemeinen unbedenklich zugestehen, wie sie auch Savigny entschieden anerkannt hat. — Zu vergl. unsere obige Note 11. — Allein die weiteren Consequenzen, welche Beseler aus jenem prinzipiellen Gegensatze zu

irrthümliche Theorie von der Entstehung des Gewohnheitsrechtes wieder auf, und nach dieser Seite hin erscheint daher der gegen ihn erhobene, bereits oben näher besprochene, Vorwurf Puchta's als vollkommen begründet. Woher sollen denn jene, von dem Volke sezedirenden, Juristen ihre Befugniß und Legitimation zur Rechtserzeugung herleiten? Wie wollen sie eine solche gesetzgebende Gewalt begründen und verantworten? Erscheint dieselbe nicht als eine reine, willkührliche und unbefugte Usurpation? — Beseler räumt den Juristen auf der einen Seite zu viel, und auf der anderen Seite zu wenig ein (worauf auch schon Puchta und Thöl aufmerksam gemacht haben); zu viel, weil er allen ihren, auch den schlechtesten und verwerflichsten, Produktionen die rechtliche Kraft oder formelle Autorität zuschreibt; zu wenig, weil er ihnen nur zuweilen und in seltenen Ausnahmsfällen das Verdienst, nach den Bedürfnissen und nach dem Sinne des Volkes gehandelt zu haben, zugestehen will [22]. Das Letztere führt

---

ziehen beliebt, müssen als rein willkührliche und grundlose Folgerungen zurückgewiesen werden. — Dieser Sachverhalt kann übrigens unter Anderem auch als ein konkreter Beleg für die Richtigkeit Dessen verwendet werden, was wir oben S. 5—7 über das Verhältniß der Prinzipien zu ihren Consequenzen ausgeführt haben.

22) Auf die unzweideutigste und bündigste Weise spricht er diese seine allgemeine Auffassung der Produktionen der deutschen Juristen auf S. 304 u. 305 mit den folgenden Worten aus: „Insofern nun durch eine solche Rechtsbildung den Anforderungen der modernen Lebensverhältnisse genügt wurde, und die Juristen nur als ein Organ des Volksrechtes thätig gewesen waren, kann man das so entstandene Juristenrecht füglich zum Volksrechte zählen, oder doch als dessen Ersatz ansehen. Allein wie der deutsche Juristenstand überhaupt nicht auf der breiten Basis des Volkslebens ruhte, und in keiner unmittelbaren Beziehung zum Volksbewußtsein stand, sondern meistens ein abgeschlossenes, gelehrtes Wesen trieb, und sein Wissen mehr aus abgestorbenen Rechtsquellen, als aus der lebendigen Fülle der Thatsachen und Verhältnisse schöpfte; so mußte es auch geschehen,

er nämlich in einem besonderen (12ten) Capitel über den Werth des Juristenrechtes vermittelst einer weitläufigen Erörterung aus, welche ein sehr wenig schmeichelhaftes und durchaus unerquickliches Bild von der deutschen Rechtswissenschaft und ihren Leistungen enthält. Wir müssen daher die geistreiche Aeußerung Puchta's a. a. O. S. 23, daß das von Beseler statuirte Juristenrecht einem Schiffe auf stürmischem Meere gleiche, welches bald hoch in den Lüften getragen, bald von einem Abgrunde verschlungen werde, als eine vollkommen richtige und zutreffende Bemerkung anerkennen.

Prüfen wir nun die detaillirte Ausführung, welche Beseler seiner Theorie über das Juristenrecht gegeben, einigermaßen näher; so finden wir, daß deren schadhafte allgemeine Grundlage auch in jedem einzelnen Punkte sich bemerklich und fühlbar macht. Vor allen Dingen läßt sich Dies an den Ausführungen des 10ten Capitels über die Methode des Juristenrechtes unschwer nachweisen, von welchen wir (gleich wie oben von denen über die Erkenntnißquellen des Volksrechtes) wohl behaupten dürfen, daß sie die Schwierigkeiten und Inkonvenienzen des Beseler'schen Standpunktes eher in's Licht zu setzen, als zu beseitigen geeignet seien.

In solcher Richtung verwirft Beseler zuvörderst die in früheren Jahrhunderten herrschende, von den italienischen Juristen entlehnte, Theorie über die communis opinio, gleich wie die in späterer Zeit an deren Stelle getretene Lehre über den usus fori, indem er eine wissenschaftliche, keine mechanische Methode verlangt (S. 299—305). Allein er übersieht hiebei, daß Dasjenige, was an sich einen rein äußerlichen

---

daß das von ihm gebildete Recht zum großen Theile nur die Kraft einer blos äußerlichen Geltung erhielt, und sich daher als Gewohnheitsrecht im Gegensatze zum Volksrechte darstellte."

Charakter hat, wie sein Juristenrecht, welches ja nur auf der thatsächlichen Autorität und Herrschaft des Juristen-Standes beruht, und nur aus der faktischen Ueberzeugung desselben hervorgeht (ohne Rücksicht darauf, ob sie ein gutes oder schlechtes Element in sich enthält), gerade dieser seiner spezifischen Natur gemäß auch nur auf dem Wege der äußerlichen Beobachtung erkannt und fixirt zu werden vermag. Hiebei kann man nun entweder die Majorität, oder aber blos die Gesammtheit der Juristen entscheiden lassen; alles Andere dagegen beruht auf subjektiver Willkühr und beliebiger Hypothese, in deren Folge die verschiedenartigsten, sich durchkreuzenden Gesichtspunkte behauptet und einander gegenübergestellt werden können. Wenn daher z. B. Beseler für seine Methode des Juristenrechtes die Anforderung an die heutigen Theoretiker und Praktiker stellt, „die ganze Masse des zur Beurtheilung vorliegenden Materiales in Fluß zu bringen und geistig zu durchdringen" (S. 303); so läßt sich hiefür kein irgendwie sicherer Maßstab, kein zuverlässiger Leitfaden und kein objektiver Anhaltspunkt ausfindig machen. Wer soll denn endgültig darüber entscheiden, ob eine solche geistige Durchdringung des Stoffes dem Einzelnen wirklich gelungen sei, oder aber nicht? Diese Entscheidung dürfte wohl schließlich von nichts Weiterem abhängen, als von der subjektiven Ueberzeugung, der beliebigen Versicherung und dem mehr oder minder gesteigerten Selbstgefühle des betreffenden (theoretischen oder praktischen) Juristen!

Wofern wir nun aber genauer die besonderen Vorschriften und Regeln untersuchen, welche Beseler selbst für die Auffindung und Feststellung des Juristenrechtes, beziehungsweise für dessen Methode, an die Hand gibt, (wobei er bemerkt, daß man solche bis jetzt noch nicht gehörig abstrahirt, und nur in

einigen neueren Compendien und Monographien hiefür einen mehr wissenschaftlichen Weg eingeschlagen habe): so finden wir, daß er vornehmlich nur zwei Erkenntnißquellen für jenes Recht anzugeben weiß. Er bezeichnet nämlich (ähnlich, wie bei seinem Volksrechte) als solche Erkenntnißmittel:

1) die unmittelbare Anschauung des einzelnen Juristen.

„Es läßt sich nämlich denken, — äußert er hierüber auf S. 305, — daß ein Jurist eine so unmittelbare Anschauung von der gemeinsamen Ueberzeugung seines Standes hat, und sich, indem er eine darauf beruhende Rechtsregel anwendet oder ausspricht, so bestimmt als dessen Repräsentanten fühlt, daß er ohne eine vermittelnde Operation, und also auch ohne sich einer besonderen wissenschaftlichen Methode zu bedienen, sicher das Rechte trifft. Eine solche unmittelbare Anschauung des Juristenrechtes wird sich namentlich dann finden, wenn die Geltung der Normen, um welche es sich handelt, keinem Zweifel mehr ausgesetzt ist, und sie in gleichmäßiger Anerkennung so schnell wiederkehren, daß durch die häufige Uebung auch der Einzelne mit ihrem Dasein ganz vertraut wird, was besonders bei den Regeln des Prozesses der Fall ist.“

Obschon nun Beseler selbst dieser unmittelbaren Rechtsanschauung nur ein beschränktes Gebiet zugesteht, und hiefür namentlich zwischen dem Volks- und Juristen-Rechte eine wesentliche Verschiedenheit dahin statuirt, daß jene Anschauung bei ersterem die Regel, bei letzterem dagegen die Ausnahme bilde: so kann dieselbe gleichwohl auch innerhalb einer solchen engeren Sphäre keineswegs anerkannt werden. Ein derartiges, reines Gefühls-Recht, welches der objektiven Basis schlechthin entbehrt, erscheint überall als eine unzulässige und sehr bedenkliche Hypothese, über welche besonders Thöl (welcher hierin den Schwerpunkt der Beseler'schen Schrift zu erblicken scheint)

a. a. O. S. 99—104, 132—34, 142—44 ꝛc. die schärfste Lauge der Kritik ausgegossen hat.

2) die wissenschaftliche Erforschung und Begründung des Juristenrechtes im Wege einer sicheren Methode.

Diese Methode könnte nun freilich —, wie weiterhin ausgeführt wird, — auf keiner mechanischen Sicherheit beruhen, da sie eine freie, geistige Thätigkeit voraussetze, „welche nach bestimmten Regeln verfahre, und dadurch zu so festen Resultaten gelange, als die Wahrheit auf dem Wege der Empirie und Geschichte überhaupt gefunden werden könne“ (S. 306). Auch keinen civilprozeßmäßigen Beweis dürfe man hiefür fordern, und zwar noch weit weniger, als bei dem Volksrechte; sondern der Jurist müsse jenes Recht stets selbstständig und selbstthätig zu erforschen suchen, übrigens erforderlichen Falles unter Benützung des Beistandes von Seiten der Parthien. Hiebei komme auch nichts auf den Zweck der fraglichen Erforschung des Juristenrechtes an, möge derselbe ein rein theoretischer, oder ein praktischer sein. Ueber die Art und Weise dieser wissenschaftlichen Forschung äußert er sich auf S. 307 und 308 noch folgender Maßen näher: „Die Methode des Juristenrechtes trägt also den Charakter einer freien, wissenschaftlichen Untersuchung an sich; ihre nähere Bestimmung aber erhält sie durch ihren Gegenstand. Indem sie nämlich die Aufgabe hat, das Recht als das Ergebniß des Juristenstandes darzustellen, muß sie allen den Erscheinungen nachgehen, in denen diese Ueberzeugung sich kund gegeben, und den Juristen daher allenthalben hin folgen, wo sie eine einflußreiche Thätigkeit entwickelt haben, und wo die Spuren davon erkennbar sind. In dieser Hinsicht lassen sich drei Gebiete unterscheiden, deren Grenzen freilich vielfach in einander laufen, die aber doch in einer gewissen Absonderung neben einander bestehen

können, — ich meine das Gebiet der Theorie, der praktischen Rechtsanwendung und der Gesetzgebung." —

Fragen wir nun nach der näheren und genaueren Belehrung darüber, wie dieses ungeheure, gesetzgeberische, theoretische und praktische Material (welches er durch die Beiziehung der Vorträge der Advokaten und der von einzelnen Juristen oder Collegien ausgestellten Gutachten noch namhaft vergrößert — S. 309 —) für den Zweck der Auffindung des Juristenrechtes benützt werden solle: so verlaufen sich seine desfallsigen Anweisungen in ganz allgemeine Sätze und vage Redensarten, welche überall keinen bestimmten Anhalt und kein sicheres, objektives, für die konkreten Verhältnisse des praktischen Lebens brauchbares, Criterium gewähren. In solcher Richtung sagt er z. B. auf S. 315: „Wenn man diese verschiedenen Seiten der Wirksamkeit des Juristenstandes gehörig erfaßt, und sie in ihrem inneren Zusammenhange und in ihrer Beziehung zu der allgemeinen modernen Rechtsbildung in Deutschland richtig zu würdigen weiß, so wird man eben das positive Juristenrecht mit einer so großen Sicherheit und Bestimmtheit, wie sie überhaupt eine wissenschaftliche Entwicklung gewähren kann, darzustellen vermögen." — Allein mit einem solchen allgemeinen Ausspruche ist ja die Frage nicht gelöst, unter welcher Voraussetzung und auf welchem Wege man die moderne Rechtsbildung in Deutschland richtig zu würdigen verstehe, und nach welchem bestimmten Maßstabe man im einzelnen Falle beurtheilen könne, ob jener innere Zusammenhang richtig erkannt und erfaßt worden sei, oder aber nicht? Wo sind denn die sicheren Normen oder Anhaltspunkte dafür gegeben, um im konkreten Falle entscheiden zu können, daß es dem Einzelnen wirklich gelungen sei, „die juristische Ueberzeugung der Gegenwart zur vollkommenen Klarheit zu erheben,

und die darin wurzelnden Institute wissenschaftlich zu begründen" (S. 315)? Auch hier hängt also in letzter Instanz Alles wieder von der subjektiven Meinung und dem individuellen Selbstgefühle des jeweiligen, einzelnen Juristen ab, und auch an diesem Punkte fällt also Beseler, wie man sieht, in seine —, oben bereits zurückgewiesene, — blose Gefühlstheorie zurück. Auch durch die von ihm verlangte, strenge Anwendung der historischen Methode, von welcher er behauptet, daß sie auch heutzutage noch auf dem Gebiete der Dogmengeschichte sehr vernachlässigt sei, kommt man über jene Klippe nicht hinweg. Denn auf dem Wege der blos geschichtlichen Forschung an sich vermag man das in der Gegenwart wirklich geltende, und eine aktuelle, lebendige Herrschaft ausübende Recht (wie wir bereits oben S. 67 angedeutet) keineswegs zu erkennen.

Die Unzulänglichkeit seiner Methode, ja sogar jeder Methode für die Aufsuchung und Feststellung des Juristenrechtes überhaupt, gesteht er nun in einem beschränkteren Umfange selbst zu, indem er S. 316 und 317 bemerkt:

„Läßt sich behaupten, daß die Anwendung der richtigen Methode genügen wird, um ein durchaus festes und klares Juristenrecht darzustellen und zum allgemeinen Bewußtsein zu bringen? Ohne Zweifel ist in dieser Hinsicht noch außerordentlich viel zu leisten, und manche scheinbar unauflösliche Controverse wird sich mit Leichtigkeit entscheiden lassen, manche kaum erklärliche Norm der Praxis wird ihr volles Verständniß erhalten, wenn man ihren letzten Gründen sorgfältig nachspürt. Aber wenn dem auch also ist, so bleibt es doch außer Frage, daß in vielen Fällen noch Zweifel und Schwankungen bestehen werden, welche auch die größte Meisterschaft der wissenschaftlichen Behandlung nicht zu beseitigen vermag, weil

sie eben ihren Grund in der Beschaffenheit des Gegenstandes haben. Es kommt freilich hier, wie überhaupt bei einer wissenschaftlichen Thätigkeit, auf die Art und Weise, wie man operirt und seinen Gegenstand zu fassen weiß, unendlich viel an, und der, welcher sich einmal eines bestimmten leitenden Prinzips bemächtigt hat, wird daran auch das Einzelne der Lehre oft mit der größten Sicherheit entwickeln können, während ein Anderer, welcher eben nur nach dem Detail spürt, auch dieses nicht zu beherrschen weiß. Allein unsere Jurisprudenz ist nicht von einer solchen inneren Tüchtigkeit, daß sie sich stets nach bestimmten Prinzipien ausgebildet hätte, und mancher Satz, der in der Praxis seine Anwendung findet, steht haltungslos als etwas Vereinzeltes da; manche Lehre ist gar nicht zu einem festen Abschlusse gekommen, sondern schwankt noch zwischen den Extremen der verschiedenen Meinungen hin und her."

Für die, zuletzt erwähnten, schwankenden Sätze und Lehren, oder für solche, wie er sie auch bezeichnet, „verwahrloste Institute," oder auch: „Rechtssätze, die so in der Praxis herumschwimmen," findet er nun aber den Ausweg, daß er sie gar nicht zu dem fertigen und feststehenden Juristenrechte zählt, sondern vielmehr zu „jenen betrübenden Erscheinungen unseres Rechtswesens, welche es recht fühlbar machten, wie groß noch dessen Mängel seien." Wohin gehören denn nun aber diese unglückseligen, rein in der Luft schwebenden, gänzlich verwaisten, Rechtssätze und Rechtsinstitute? Können sie bei keiner der anerkannten, positiven Rechtsquellen untergebracht werden, und muß sich in Betreff derselben jede, auch Beseler's eigene, Lehre geradezu für bankerott erklären? Für derartige, desperate Rechtsfragen gibt er dem Theoretiker

den Rath, sich auf die gewissenhafte Darlegung ihrer thatsächlichen Beschaffenheit zu beschränken, dem Richter dagegen, sich mit dem übrigen juristischen Rüstzeuge, nämlich mit der Natur der Sache, der bona fides, der Analogie, 2c. zu behelfen (S. 318). Also sind die Natur der Sache und die Analogie 2c. keine Hülfsmittel für die Herstellung und Verwirklichung des wissenschaftlichen oder Juristenrechtes? Wohin gehören denn diese Nothbehelfe? Haben sie einen weniger bestimmbaren, juristischen Charakter, und liefern sie minder zuverlässige Resultate, als das von Beseler beispielsweise hervorgehobene „Prinzip des kaufmännischen Credites“ (S. 124 und 125)?

Alle diese und ähnliche Deduktionen der vorliegenden Schrift über die Methode des Juristenrechtes bedürfen in Folge ihrer rein willkührlichen, durchaus subjektiven und auf unhaltbaren Voraussetzungen beruhenden Beschaffenheit gewiß keiner besonderen Widerlegung [23]). — Auch die an dem Beispiele der Lehre von den Erbverträgen und den Testamentsexekutoren von Be-

23) Das blose Zählen der Autoritäten erklärt Beseler selbst für durchaus ungenügend und unstatthaft, da auch die reichlichst ausgestattete Bibliothek keine Bürgschaft für die Vollständigkeit der Litteratur gewähre, und da überdies die wenigsten juristischen Schriftsteller eine Selbstständigkeit besäßen, weßhalb sich die Entwicklung des Juristenrechtes an einzelne hervorragende Persönlichkeiten anzulehnen pflege. „Nur so viel läßt sich zugeben, — setzt er auf S. 318 hinzu, — daß eine allgemein angenommene Ansicht nicht dadurch den Charakter einer gemeinsamen Ueberzeugung des Juristenstandes verliert, wenn etwa auch der Eine oder der Andere ohne nachhaltigen Erfolg sich dagegen aufgelehnt hat.“ — Vielleicht kommt bald die Zeit, wo dieser Ausspruch auf die eigene Theorie Beseler's über das Volks- und Juristenrecht seine vollkommenste Anwendung finden, und wo die Savigny-Puchta'sche Lehre so sehr in das gemeinsame Bewußtsein des deutschen Juristenstandes übergegangen sein wird, daß jeder Widerspruch gegen dieselbe von Seiten eines oder des anderen Juristen als ein ohnmächtiges und erfolgloses Unternehmen erscheint!

seler gegebene, konkrete Veranschaulichung seiner allgemeinen Thesen dürfte wohl keineswegs geeignet sein, Proselyten für seine Theorie des Juristenrechtes zu gewinnen [24]. —

24) In Betreff der Erbverträge stellt er z. B. die beiden, einander widersprechenden, Sätze auf, daß dieselben keinem Volksbedürfnisse entsprechen, und daß sie gleichwohl als gemeinrechtliche Institute zu betrachten und aufrecht zu erhalten seien. Wie soll denn die bloße Juristen-Meinung, auf welche er namentlich den Erbeinsetzungsvertrag zurückführt, dem Leben gegenüber Stand halten? Wenn kein praktisches Lebensbedürfniß für solche Erbverträge vorliegen würde, so müßte ja die ganze Lehre über dieselben als eine blos doktrinelle Schöpfung oder als ein Gegenstand der rein theoretischen Spekulation betrachtet werden, um welchen die Richter sich wenig bekümmern würden. Die bloße Seltenheit oder der beschränktere Kreis ihrer Anwendung darf aber keineswegs als ein Gegenbeweis gegen das für sie bestehende, reale Bedürfniß verwendet werden; im Gegentheile offenbart sich dieses letztere gerade in dem Umstande, daß sie außer und neben den Testamenten zur Geltung und Ausbildung gelangt sind. — Seine unklare und unsichere Darstellungsweise tritt mit der größten Evidenz in der Note zur Seite 321 hervor, wo er folgenden, eigenthümlichen Ausspruch thut: „Uebrigens habe ich ja nie behauptet, daß die Juristen den Erbeinsetzungsvertrag ganz ersonnen haben; durch irgend eine besondere Veranlassung wird jedes Institut des Juristenrechtes hervorgerufen sein, wenn auch nicht immer durch ein praktisches Bedürfniß, und wenn auch vielleicht Irrthum und Unverstand zuweilen das Meiste zur Ausbildung beitrugen." Was soll es denn für Veranlassungen zur Einführung von Rechtsinstituten, beziehungsweise zu deren Erhaltung während mehrerer Jahrhunderte, geben, welche nicht auf einem praktischen Bedürfnisse beruhen? Welchen Antheil soll bei derartigen Instituten das Leben mit seinen Bedürfnissen, und welchen die Erfindungen der Juristen haben, da diesen nicht ihr ganzes Ersinnen zugeschrieben wird? Läßt sich nicht auf alle, von den Juristen erfundenen, Rechtssätze und Rechtsinstitute, eine anderweitige Aeußerung Beseler's auf S. 326 in vollkommenster Weise anwenden, nämlich der Satz: „Solche Einrichtungen, mit denen sich praktisch nichts Rechtes anfangen läßt, wird man, einer verschrobenen Theorie zu Liebe, nicht lange aufrecht erhalten können"?!

Die Ausführungen des 11. Capitels über den Umfang der Geltung des Juristenrechtes enthalten überall kein neues Moment, welches einerseits ein klareres und besseres Licht über die Beseler'sche Theorie zu werfen, und andrerseits derselben eine kräftigere Stütze zu gewähren vermöchte. Hierin bemüht er sich namentlich, die Existenz eines partikularen Juristenrechtes in und für die einzelnen deutschen Staaten nachzuweisen; was ihm auch, falls nur der Begriff seines Juristenrechtes überhaupt Realität hätte, ohne Bedenken zugestanden werden könnte. Den Schwer- und Mittelpunkt der deutschen Rechtsbildung erblickt er übrigens mit allem Fuge in dem, von jeher durch die Juristen sämmtlicher Länder vorzugsweise gepflegten, gemeinen Rechte.

Die Aufnahme und Fortbildung des Römischen Rechtes in Deutschland bezeichnet er als einen der bedeutendsten Akte des (gemeinen) Juristenrechtes in seinem Sinne. Den Antheil dagegen, welchen dieses letztere an der Schöpfung und Ausbildung der Institute in den einzelnen Rechtsgebieten genommen, bestimmt er nur nach ganz allgemeinen, vagen Categorien und mit blosen, unbewiesenen Behauptungen. So sollen z. B. die Einkindschaft, die Behandlung der unehelichen Kinder ꝛc. Ausflüsse des Juristenrechtes bilden; im Sachenrechte soll dessen Einfluß ganz unbedeutend, im Obligationen- und Erbrechte dagegen sehr groß und folgenreich sein; im Criminalrechte soll dasselbe entschieden vorherrschen, der Civil- und Criminal-Prozeß sogar fast durchaus von ihm produzirt sein ꝛc. ꝛc.

Was endlich Beseler im 12ten Capitel über den Werth des Juristenrechtes ausführt, erscheint —, wie wir bereits früher angedeutet haben, — als eine blose Con-

sequenz aus dem unrichtigen Grundbegriffe, welchen er von demselben sich gebildet hat. Daß er von diesem seinem allgemeinen Standpunkte aus den größten Theil des deutschen Juristenrechtes für werthlos und schlecht, und zwar namentlich für ein dem Volksleben entfremdetes, oder gar feindselig gegenübertretendes Element erklärt, kann nicht befremden. Er bewegt sich in dieser Beziehung in einem leicht erkennbaren Zirkel. Denn da er auch die innerlich unbegründetsten und verwerflichsten Meinungen der Juristen als Recht qualifizirt, und sie daher in Folge ihres faktischen Daseins an sich für absolut verbindlich erklärt; so muß natürlich das auf solchem Wege entstandene Produkt seiner, über dessen Werth und Bedeutung sich ergehenden, Reflexion in dem ungünstigsten Lichte erscheinen [25]. Uebrigens ist sogar seine

25) Er wirft z. B. den deutschen Juristen vor, daß sie außer Zusammenhang mit dem ursprünglich deutschen Rechtsleben gekommen seien (S. 351: „Dies ist in demselben Grade wahr, in dem es auch von dem ganzen Volke gilt", bemerkt Puchta sehr treffend); daß sie, von dem inneren Zusammenhange mit dem Rechtsleben ihres Volkes abgeschnitten und zur ausschließlichen Handhabung eines unlebendigen Materiales berufen, mit diesem in stiller Abgeschiedenheit sich beschäftigten, um damit, so gut es gehen wollte, das praktische Bedürfniß zu befriedigen (S. 345); er vergleicht das deutsche Juristenrecht mit einer oberflächlichen und leichtsinnigen Gesetzgebung (S. 346); er charakterisirt die deutsche Jurisprudenz als eine unlebendige und dürre Casuistik (S. 352); er findet in dem „Wust" der deutschen juristischen Litteratur eine Menge von nichtsnutzigem Plunder, oberflächlichen Salbadereien, Abgeschmacktheiten und Irrthümern aufgespeichert (S. 353) 2c. — Gegen diese und ähnliche Rekriminationen Beseler's richtet Puchta a. a. O. S. 27 —, nachdem er mit allem Fuge darauf hingewiesen, wie manche der, von Beseler getadelten, Eigenschaften der deutschen Juristen „ein mütterliches Erbtheil" seien, d. h. eine nationelle Natur besäßen, und ihnen daher, als ächten Kindern ihres Volkes, zukämen, — die eben so scharfe, als geistreiche Bemerkung: „Es ist übrigens ein eigenes Ding mit solchen Verdammungen; gewöhnlich kommen sie weit hinter der eigentlichen Blüthezeit der Sünde; nachdem

betreffende Schilderung, welche ein so abschreckendes Gemälde der deutschen Juristen und ihrer Produkte enthält, nicht frei von mancherlei Widersprüchen. Auf der einen Seite bezeichnet er z. B. als den Grundcharakter der deutschen Jurisprudenz: „eine todte Gelehrsamkeit und dem Leben entfremdete Theorie“ (S. 351); und auf der anderen Seite gesteht er derselben gleichwohl einen immensen Einfluß auf das Rechtsleben zu, indem er durch sie namentlich das Volksrecht verdrängen, die Rezeption des Römischen Rechtes durchsetzen, „die Herrschaft des gemeinen Rechtes und somit ein wichtiges Band der politischen Einheit Deutschlands begründen und aufrecht erhalten“ (S. 354), den heimlich-schriftlichen Prozeß einführen läßt (S. 355) &c. — Während er ferner in der römischen Jurisprudenz eine naturgemäße Fortführung und gesunde Entwicklung des Volksrechtes erblickt, will er dagegen bei der deutschen Jurisprudenz keineswegs das gleiche Verdienst und die gleiche Wirkung anerkennen, sondern vielmehr ihre Produkte blos als eine Corrumpirung oder Entartung des ursprünglichen Volksrechtes gelten lassen.

Auf diese und die weiteren mangelhaften Seiten der Ausführungen Beseler's über den Werth des Juristenrechtes (in dem Schluß-Capitel seines Buches) haben übrigens bereits Puchta und Thöl das geeignete Licht der Kritik geworfen.

---

wir uns, wie ich hoffe, zu einem besseren Lebenswandel aufgerafft, und, wenn gleich noch in mancherlei Schwachheit, angeschickt haben, müssen wir uns die Flüche um die Ohren donnern hören, die kein Mensch unseren in der Sicherheit ihrer Laster einherschreitenden Vorfahren zugerufen hat, und unser Autor gleicht in etwas den Predigern, die ihren fleißigen Zuhörern die Ermahnungen halten, welche auf die wegbleibenden Verächter berechnet sind.“

§. 7.

Unter denjenigen Schriftstellern, welche zwar keine so vollständig ausgearbeitete und in einer umfassenden, detaillirten Entwicklung dargelegte Theorie, wie Beseler, aufgestellt haben, aber gleichwohl eine selbstständige und eigenthümliche Auffassung der, hier uns interessirenden, Grundprobleme des positiven Rechtes in näherer Begründung vertreten, verdient an erster Stelle Romeo Maurenbrecher genannt zu werden. Auch er hat nämlich eine eigene, durch ihre Paradoxie sehr bekannt gewordene, Lehre über das Juristenrecht geschaffen, deren wesentlichste Grundzüge hier einer genaueren kritischen Prüfung unterzogen werden sollen. Nachdem er diese seine wunderliche Theorie zu wiederholten Malen, und zwar namentlich auch in einer besonderen Abhandlung: »de auctoritate prudentum, prolusio academica«, Bonn 1839 (über welche Puchta gleichfalls eine sehr scharfe, niederschmetternde Rezension in Richter's kritischen Jahrbüchern, 5ter Band, Jahrgang 1839, S. 728—737, veröffentlicht hat), vorgetragen hatte, ist er mit derselben zuletzt in einer wesentlich umgearbeiteten und vollkommener ausgeführten Gestalt in der zweiten Auflage seines Lehrbuches des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechtes, B. I, Bonn 1840, hervorgetreten.

Wenn wir nun diesen seltsamen Aufstellungen und Ausführungen Maurenbrecher's a. a. O. §. 19 — §. 42 b, auf deren Hauptmangel wir bereits oben in der ersten Abtheilung S. 359, Note 182 ein kurzes Streiflicht geworfen haben, unser kritisches Augenmerk zuwenden; so wird für die vollkommene Würdigung ihres Gehaltes die Hervorhebung der folgenden einzelnen Punkte jedenfalls genügen!

Zunächst geht Maurenbrecher von einem eigenthümlichen Begriffe des Gewohnheitsrechtes aus, in dessen Folge er auch ganz absonderliche und unhaltbare Grundsätze über dasselbe aufstellt. Seine Theorie soll nämlich, wie er in §. 19, Note 2 versichert, die Mitte halten zwischen den beiden extremen Lehren, von welchen die eine das Volk und die andere den Fürsten als die Quelle des ungeschriebenen Rechtes bezeichne. Von der ersteren Theorie behauptet er, daß sie von Schelling herstamme, obwohl sie auf Hugo's und Savigny's Namen umhergehe; als einen Hauptvertreter der letzteren Auffassung bezeichnet er Thibaut [26]). Seinen vermittelnden Standpunkt charakterisirt er nun aber dadurch, daß er das positive Recht aus dem Gesammtwillen aller Staatsmitglieder, also des Volkes und der Regierung oder der Unterthanen und des Fürsten, hergeleitet wissen will. Der Savigny-Puchta'schen Auffassung macht er dagegen den Vorwurf, daß sie mit dem monarchischen Staatsprinzipe sich nicht vertrage, und „einen Verstoß gegen das geltende deutsche Staatsrecht enthalte, dessen sich die heutige Zeit fast schämen sollte“ (S. 31). Hierdurch zeigt er nun doch wohl zur größten Evidenz, daß er den Sinn, in welchem Savigny und Puchta in solchem Zusammenhange den vieldeutigen Ausdruck „Volk“ gebrauchen, ganz und gar nicht erfaßt hat. Während er unter dem Volke blos die unorganische Masse der Unterthanen im Gegensatze

26) In Betreff der, von Maurenbrecher hier behaupteten, Urheberschaft Schelling's, gleich wie in Betreff der von ihm diesem Philosophen angedichteten Lehre von der sog. Staatssouveränität, hat übrigens Puchta in der oben genannten Rezension S. 734 u. 735 treffend gezeigt, daß diese Behauptungen, gleich so manchen anderen, als blose Phantasie-Gebilde ihres Urhebers zu betrachten seien.

zu dem Staatsoberhaupte versteht, bezeichnen jene Schriftsteller mit demselben die natürliche Verbindung aller Stammesgenossen, welche den Monarchen mitumfaßt, also das Natur=Ganze, in welchem die Unterscheidung zwischen der Regierung und den Regierten, oder dem Fürsten und den Unterthanen gar nicht besteht, und welches nicht einmal auf die gegenwärtig lebenden Volksgenossen beschränkt ist, sondern auch die vergangenen und zukünftigen Geschlechter in sich befaßt, m. a. W. die Nation. In dem individuellen Geiste einer Nation oder eines Volkes, welcher in allen zu demselben gehörigen Individuen sich thätig und wirksam erweist, erblicken Savigny und Puchta die eigentliche Quelle des positiven Rechtes, beziehungsweise des Gewohnheitsrechtes, und aus seiner fortschreitenden Entwicklung lassen sie auch die Bildung und fortgehende Gestaltung des Staates hervorgehen. — Wie kann nun aber Maurenbrecher gegen eine solche Anschauung den Vorwurf kehren, daß sie gegen das monarchische Staatsprinzip verstoße, also gewisser Maßen eine demokratische Theorie bilde, welche auf der bekannten Grundlage der modernen Lehre von der sog. Volkssouveränität beruhen würde?

Ein solcher Vorwurf ist nur dadurch möglich geworden, daß er den ganzen Standpunkt jener Lehre verrückt, und ihr, wie gesagt, einen falschen Begriff unterschiebt, gegen welchen deren Urheber selbst an verschiedenen Orten einen ausdrücklichen und entschiedenen Protest eingelegt haben. Ueberdies leidet die von ihm gemachte Ausstellung noch an dem weiteren Mangel, daß sie den politischen Standpunkt mit dem juristischen oder wissenschaftlichen geradezu verwechselt. Die Lehre der historischen Schule über die Entstehung und Entwicklung des Rechtes enthält keineswegs das Programm einer politischen Parthei (obwohl man sie nicht selten zu einem

solchen hat stempeln wollen), sondern vielmehr eine wissenschaftliche Erkenntniß, oder ein wissenschaftliches Dogma.

Sehen wir nun aber auf der anderen Seite das positive Element der Auffassung Maurenbrecher's, also denjenigen Faktor genauer an, welchen er an die Stelle des Volkes oder der Nation gesetzt wissen will; so finden wir, daß er als solchen alle Staatsmitglieder bezeichnet. Er erklärt demzufolge das Gesetzes-Recht für den ausdrücklichen, und das Gewohnheitsrecht für den stillschweigenden Willen Aller. Auf diesem Wege vertauscht er daher einen konkreten Begriff mit einer unklaren Vorstellung oder einem abstrakten Gedanken, indem er die natürliche Einheit des Volkes und des Volksgeistes gewaltsam zerreißt, und in die unorganische Masse vereinzelter Atome, d. h. in die Allheit auflöst. Als Recht erscheint ihm daher nicht der allgemeine Wille, sondern vielmehr der Wille Aller, welcher letztere aber eben so wenig erkannt, als fixirt zu werden vermag, ja vielmehr in der That und Wahrheit gar nicht existirt (zu vergl. auch die obige Note 111 auf S. 183 und 184 der ersten Abtheilung). Die Allheit der Menschen bildet immer, und zwar sogar dann, wenn es sich von einem beschränkteren Territorialkreise handelt, eine blose Fiktion oder willkührliche Construktion, da von ihr stets eine Menge von Individuen, welche nicht in Betracht kommen können, abgezogen und ausgeschieden werden muß. Beim Rechte insbesondere müßten alle diejenigen Personen außer Berechnung bleiben, welchen kein wahrhafter Wille zugeschrieben werden kann, wie die Kinder, die Geisteskranken, die Unmündigen, in gewissem Sinne und Umfange auch die Weiber rc.

In der Consequenz seiner Grundanschauung sieht sich nun Maurenbrecher auch genöthiget, die verbindliche Kraft des

Gewohnheitsrechtes von der Genehmigung der Regierung abhängig zu machen. Uebrigens verlangt er eine solche Genehmigung nicht in positiver Weise, sondern begnügt sich mit der blosen Duldung oder der Nichtweigerung, welche er als eine negative Handlung bezeichnet. „Denn wo die Regierung —, sagt er in solcher Richtung S. 33, — bei Entstehung des Rechtes positiv handelt, wird das Recht zum geschriebenen oder gesetzlichen, da für ihr Handeln hier keine andere Form, als die des Gesetzes, besteht." Durch jene stillschweigende Genehmigung des Volkswillens von Seiten der Regierung läßt er denselben zum Staatswillen erheben (S. 36). Ueber die Unhaltbarkeit des Erfordernisses der Genehmigung eines Gewohnheitsrechtes von Seiten der Staatsgewalt (des sog. Consenses) für dessen formelle Kraft und Gültigkeit überhaupt, — mag man dieselbe in einer allgemeinen, oder in einer speziellen, in einer ausdrücklichen, oder in einer stillschweigenden Form für nothwendig erklären, — haben nun Savigny, System des heutigen Römischen Rechts B. I. S. 168—170 und Puchta, Gewohnheitsrecht Th. I. S. 209—212, Th. II. S. 43—46 so vortreffliche und überzeugende Ausführungen gegeben, daß wir auf sie lediglich Bezug nehmen können.

Als eine weitere Consequenz seines mangelhaften Grundbegriffes von dem Gewohnheitsrechte stellt sich die ganz grundlose und verkehrte Beweistheorie dar, welche er in den §§. 23—28 vorträgt. Nachdem er nämlich zuvörderst die römischen Grundsätze über den Beweis des Gewohnheitsrechtes in einer durchaus unzulänglichen und unrichtigen Weise geschildert, wobei er namentlich von einer civilprozessualischen Beweislast und Beweisführung der Partheien ausgeht (was nur zu deutlich verräth, daß er mit den schätzbaren Aus-

führungen Puchta's über diesen Gegenstand im ersten Theile seines Buches über das Gewohnheitsrecht, namentlich auf S. 110—112, entweder gar nicht, oder doch mindestens nicht mit der gehörigen Sorgfalt und Aufmerksamkeit sich bekannt gemacht hat): stellt er eine höchst eigenthümliche Beweislehre auf, welche nach seiner Versicherung auf einer germanischen Grundlage beruhen soll. Es wird wohl kaum mehr, als der blosen Angabe seiner desfallsigen paradoxen Thesen bedürfen, um sofort ihre absolute Willkührlichkeit und Grundlosigkeit zu durchschauen. In Betreff der notorischen Gewohnheitsrechte verlangt er, daß der Richter sie von Amtswegen kennen müßte; in Betreff der nicht-notorischen dagegen will er das ganze Volk befragt wissen [27]). Diesem ganzen Volke substituirt er nun aber (insoweit es sich nicht von dem blos mittelbaren Ausspruche des Volkswillens in und durch das Juristenrecht handle) in einer durchaus willkührlichen Weise:

1) Die Gutachten der kundigen Männer, welche der Richter aus dem Volke als die Männer des allseitigen Vertrauens zu wählen habe (S. 46). Welches sind denn diese Männer, die er auch als „die Verständigen" bezeichnet, und vor deren Verwechslung mit den sog. Sach- oder Kunstverständigen er ausdrücklich warnt? Wo soll sie der Richter finden; woran soll er sie erkennen; wie viele soll er beiziehen; wie soll er sich bei Widersprüchen unter ihnen verhalten?

27) Als nicht-notorische Gewohnheitsrechte bezeichnet er seltsamer Weise auf S. 45 diejenigen, welche noch in der Entstehung begriffen, oder nach ihrem Inhalte bestritten seien, ohne zu bedenken, daß die ersteren überall noch kein Recht begründet haben, und daß daher dessen Nachweis schon von vornherein als eine Unmöglichkeit erscheint!

auf alle diese und ähnliche Fragen ist Maurenbrecher die Antwort schuldig geblieben.

2) Die Parömien oder Rechtssprüchwörter. Diese juristischen Sprüchwörter können nun allerdings als eine Erkenntnißquelle für das Gewohnheitsrecht (übrigens mit der gehörigen Vor- und Umsicht) benützt werden, wie auch Puchta a. a. O. Th. II. S. 148—150, welcher dieselben in passender Weise mit den Volksliedern vergleicht, näher ausführt. Allein die Ausbeute, welche sie für unser heutiges Recht liefern, dürfte wohl weder extensiv, noch intensiv eine große Bedeutung haben.

3) Die sog. Notorietäts-Akten, d. h. „die Vernehmlassungen von Zeugen aus der Masse des Volkes, die das Dasein oder den Inhalt eines vorhandenen Gewohnheitsrechtes auf Aufforderung ihres ordentlichen Richters vor demselben nach ihrem besten Wissen und Gewissen bezeugen" (S. 48 u. 49). Er verlangt hiefür eine größere Zahl von Zeugen, und zwar von bejahrten Personen.

Dieser Rückfall in die ältere, von Puchta siegreich bekämpfte, Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechtes, welchen die ausdrückliche Unterscheidung zwischen „kundigen Männern" und „Zeugen" (unter Ziffer 1 und 3) über allen Zweifel erhebt, bedarf keiner besonderen Widerlegung.

Allen seinen betreffenden Deduktionen setzt übrigens Maurenbrecher dadurch noch die Krone auf, daß er im §. 27 die, solchergestalt entwickelte, germanistische Beweistheorie blos für die Regel erklärt, und daneben noch in subsidium für die Fälle der lokalen und zweifelhaften oder bestrittenen Gewohnheitsrechte die römische Theorie, also m. a. W. den civilprozeßmäßigen Beweis von Seiten der Parthien, zur Anwendung gebracht wissen will! Welch' eine grenzenlose Ver-

wirrung müßte daraus entstehen, falls man versuchen würde, solche Grundsätze im wirklichen Rechtsleben zur praktischen Ausführung zu bringen?!

Wenn wir nun auch das Hauptthema der wissenschaftlichen Deduktionen Maurenbrecher's, welches er selbst mehrfach als den eigentlichen Mittel- und Schwerpunkt derselben bezeichnet, nämlich seine paradoxe Lehre über das Juristenrecht, einer näheren Betrachtung unterziehen; so können wir deren vollkommene Unzulänglichkeit durch die Beleuchtung der folgenden vornehmlichsten Punkte seiner betreffenden Darstellung, welche überdies noch an mancherlei Unklarheiten und inneren Widersprüchen leidet, wohl mehr, als zur Genüge erhärten.

Vor allen Dingen führt er die Stellung der Juristen in Deutschland und ihre hieraus fließende Befugniß zur Rechtsproduktion auf das Zutrauen zurück, welches sie bei allen Staatsgenossen, also sowohl bei der Regierung, als auch bei dem Volke, zu genießen pflegten, und in dessen Folge ihnen das Wissen und das Anwenden des Rechtes überlassen würde. Uebrigens hält er diesen, durch die Rezeption des Römischen Rechtes beschleunigten, Zustand seltsamer Weise keineswegs für einen dauernden und unveränderlichen, indem er sich hierüber auf S. 55 folgender Maßen ausspricht: „Unrichtig wäre es aber, die Idee damit zu verknüpfen, als ob das ganze Volk auf immer durch die Juristen ausgeschlossen würde: muß doch eher zugegeben werden, daß demselben allezeit die Freiheit bliebe, die Rechtspflege wieder an sich zu nehmen, wo es im Ganzen oder Einzelnen die Fähigkeit dazu, die vor Allem im

Wissen und Verstehen des wirklich Nothwendigen sich zeigt, bei sich entwickelt" [28]).

Außerdem gründet er noch die gegenwärtige Stellung der Juristen in Deutschland theils auf ein gemeines Gewohnheitsrecht, theils auf die ausdrückliche Anordnung verschiedener Reichsgesetze, so daß er eigentlich drei selbstständige Fundamente für die von ihm den Juristen beigelegte Autorität anerkennt. Die beiden zuletzt erwähnten Gründe für diese Autorität können wir jedoch, da er bei seiner weiteren Darstellung selbst von ihnen mehr oder minder abstrahirt, und den entscheidenden Nachdruck auf den ersteren, inneren Grund legt, füglich auf sich beruhen lassen, und zwar um so eher, als die Unrichtigkeit seiner Interpretation der fraglichen reichsgesetzlichen Aussprüche bereits von Puchta in der oben angeführten Rezension überzeugend nachgewiesen worden ist [29]).

Jenes Zutrauen aller Staatsmitglieder zu den Juristen erklärt er nun weiterhin für ein innerhalb bestimmter Schranken und Grenzen sich bewegendes, durch welche Beschränkungen verhindert würde, daß die Juristen „nicht völlig unabhängig im Staate daständen, gleichsam als Berechtigte, die sich gegen-

---

28) Als Beispiele für eine solche, in der neuesten Zeit eingetretene, Rückkehr des Volkes zur unmittelbaren Ausübung der Rechtspflege, unter Verdrängung der Juristen, da und insoferne jenes „durchaus mehr Techniker geschienen habe, als diese", bezeichnet er S. 55. Note 5: die Geschworenengerichte, die Schiedsmänner in Preußen, die Handelsgerichte und das ebenbürtige Schiedsgericht in Rheinpreußen.

29) Besonders schlagend ist Puchta's Entgegnung auf die Argumente, welche Maurenbrecher aus den Bestimmungen der CCC. herleitet. Sonderbarer Weise will nämlich Letzterer unter dem oft genannten „Rathe der Rechtsverständigen" die communis doctorum opinio verstanden wissen, obwohl die CCC. selbst in ihrem (Schluß-) Artikel 219 ausdrücklich diejenigen Rechtsverständigen („bei wem und an welchen Orten") bezeichnet, bei welchen in zweifelhaften Fällen jener Rath eingeholt werden soll.

über nur Verpflichtete hätten." Sie seien daher einerseits der Oberaufsicht und dem Widerspruchsrechte der Regierung unterworfen, und andrerseits an den, in Gesetzen oder Volksgewohnheiten („oder sonstwie", fügt er unverständlicher Weise hinzu) sich aussprechenden, Staatswillen gebunden, so daß sie nur da, wo ein solcher fehle, berufen seien, ihn für die übrigen Staatsangehörigen nach ihrem eigenen Verstande und Willen erkennbar zu machen (S. 56). Trotz diesem allgemeinen (wenn auch nicht absolut unbeschränkten) Zutrauen, welches Maurenbrecher für die deutschen Juristen in Anspruch nimmt, will er die Letzteren dennoch nicht als Vertreter des Volkes aufgefaßt und bezeichnet wissen, und zwar aus dem sonderbaren Grunde, weil sie nicht, wie die sog. Stände, durch die Wahl des Volkes bestellt, und ferner nicht, gleich diesen wahren Volksrepräsentanten, wegen ihrer Berufserfüllung unverantwortlich seien (S. 57). Bei dieser Argumentation, deren er sich namentlich bei seiner desfallsigen Polemik gegen Puchta bedient, geht er also wieder von dem, bereits mehrfach gerügten, falschen Begriffe des Volkes aus, und macht er sich überdies der Verwechslung der natürlichen Repräsentation mit der, durch die jeweilige Verfassung äußerlich festgestellten, politischen Vertretung des Volkes schuldig [30]). Sind denn diejenigen Männer,

30) Diese Verwechslung offenbart sich auf eine ganz unzweideutige Weise auch in folgendem Ausspruche auf S. 57 Note 2: „Nach diesem Sprachgebrauche, die Zeugen über Willensäußerungen Vertreter der Sichäußernden zu nennen, müßten folgerecht auch die Handelnden, auf deren Uebereinstimmung beim Gewohnheitsrechte nach der römischen Theorie Alles ankommt, am Ende gar die Zeugen, die über deren Handlungen vom Gerichte vernommen werden, Volksrepräsentanten heißen, und wahrlich dies wäre eine Volksrepräsentation, an die bis jetzt kein Politiker gedacht hat!" Daß kein Politiker an eine solche Re-

welchen das Volk sein Zutrauen schenkt, und ihnen vermöge desselben das Erkennen und Anwenden des Rechtes gänzlich überläßt, nicht dessen Vertreter oder Repräsentanten? In direktem Widerspruche mit jenem Einwurfe stehen seine eigenen Äußerungen auf S. 54 und 55. Wenn er nämlich hier sagt: „Daß diese Männer, die ihre ganze geistige und körperliche Existenz zunächst an das Verstehen des Rechtes setzen, in Deutschland das Zutrauen aller Staatsgenossen haben, sowohl der Regierungen, die ihnen das Amt geben, als des Volkes, das das Wissen des Rechtes ihnen als Leuten vom Fache (Technikern), selbst versunken in die Verfolgung seiner besonderen Interessen, überlassen muß, ist so natürlich, daß ein anderer Zustand völlig unerklärlich wäre:" so deutet er, sollte man meinen, deutlich genug die (von ihm anderwärts ausdrücklich verworfene) natürliche Vertretung des Volkes durch die Juristen selbst an.

Das weiteste Feld für seine Paradoxien eröffnet sich ihm nun aber erst bei der Darstellung des Begriffes, der Erkenntnißquellen und der sonstigen näheren Verhältnisse des Juristenrechtes selbst. Hier nehmen seine phantastischen Einfälle und

präsentation denkt, darin besteht ja gerade das punctum saliens, da ja hiebei das Volk keineswegs in seiner politischen Bedeutung und Gestaltung in Betracht kommt, und da es sich hiebei keineswegs von einer politischen Doktrin, oder einem politischen Glaubensbekenntnisse handelt. Uebrigens irrt Maurenbrecher auch darin, wenn er glaubt, daß nach der Lehre Puchta's auch die über eine Gewohnheit aussagenden Zeugen als Volksrepräsentanten zu betrachten seien; denn als solche können hiernach nur die betreffenden Subjekte der Uebung selbst bezeichnet werden, welche durch diese ihre Handlungen das Volk vertreten, und die Volksüberzeugung aussprechen.

willkührlichen Reflexionen wahrhaft staunenswerthe Dimensionen an. — Zunächst unterscheidet er das Juristenrecht in zwei Hauptarten, nämlich in das Recht der Praxis oder das Gerichtsgebrauchsrecht und in das Theorie-Recht. Bei und für diese beiden Arten oder Formen des Juristenrechtes erklärt er übrigens die Juristen nicht etwa blos für die Werkzeuge, sondern vielmehr für die eigentlichen Träger des Staatswillens, und folgeweise den Juristenwillen für die wahre Quelle jenes Rechtes. „Wenn allerdings der Idee nach auch richtiger ist, — fügt er zur näheren Erläuterung und Bestimmung dieser seiner Auffassung auf S. 101 hinzu, — daß der empirische Staatswille die wahre Quelle alles positiven Rechtes sei, und daß der deutsche Staatswille, um sich zu manifestiren, drei Formen habe: das Gesetz, die Volksgewohnheit, und der Juristen Wort: so ist es doch praktischer, wenn man die Theorie von der Entstehung des positiven Rechtes dahin ausdrückt: daß es auf drei Wegen in's Leben trete: durch den Gesetzgeber, durch das Volk und durch die Juristen, oder wenn man Quelle für Erscheinungsform sagt, was im juristischen Sprachgebrauche das Gewöhnliche ist: daß es aus drei Quellen fließe: aus dem Willen des Gesetzgebers, aus dem Volkswillen und aus dem Juristenwillen."

Man sieht nun leicht, wie Maurenbrecher hier die Lehre der historischen Schule in ihrem innersten Kerne verdirbt, und dieselbe geradezu auf den Kopf stellt. Während nämlich diese als die eigentliche Quelle des Rechtes den Willen des Volkes oder der Nation auffaßt, und daher den Gesetzgeber, die einzelnen Volksgenossen und die Juristen blos als deren Repräsentanten bezeichnet, beziehungsweise die Gesetzgebung, die Volksgewohnheit und die Wissenschaft blos als die Organe,

durch welche jener Volks- oder National-Wille in's Leben tritt: so hebt dagegen Maurenbrecher die, durch den letzteren begründete, einheitliche Grundlage ganz auf, vertauscht dieselbe mit einer völlig unhaltbaren (indem er an die Stelle des Volkswillens den Staatswillen in dem besonderen Sinne setzt, welchen er diesem unterlegt), und dichtet den genannten 3 Organen eine Selbstständigkeit an, welche ihnen überall nicht zugestanden werden kann. In Folge dieser verkehrten Auffassung kommt er daher auch dazu, die Juristen auf eine Linie mit dem Gesetzgeber zu stellen, und ihren Willen an und für sich zu einem rechtserzeugenden Faktor oder einer Rechtsquelle zu erheben. Gerade so, wie er irriger Weise das Gewohnheitsrecht durch das Volk in seinem Sinne, d. h. durch den Inbegriff der Unterthanen im Gegensatze zu der Regierung oder dem Staatsoberhaupte, hervorbringen läßt; so faßt er demgemäß auch die Juristen als die durchaus selbstständigen und unabhängigen Produzenten des Juristenrechtes auf, welche hierdurch ihren eigenen Willen (freilich nur innerhalb der von ihm beliebig gezogenen, zuvor auf S. 94 u. 95 erwähnten, allgemeinen Grenzlinien) zum Gesetze erheben. Er übersieht also, daß die Juristen in den einzelnen deutschen Ländern keineswegs, wie die gesetzgeberischen Faktoren, eine durch die jeweilige Verfassung bestimmte und geregelte, formelle Stellung besitzen, und daß ihnen auch nicht, gleich denjenigen Juristen der Römer, welchen vom Kaiser das jus respondendi verliehen war (den »juris consulti, quibus permissum erat, jura condere,« oder den »juris auctores«), von der Staatsgewalt die Befugniß zur Rechtserzeugung vermöge eines (allgemeinen) Privilegium's übertragen wird. Auch läugnet er folgeweise eine zwischen dem Gesetzes- und Juristen-Rechte bestehende, sehr wesentliche Differenz von unmittelbar praktischer

Bedeutung, auf welche namentlich Puchta, Gewohnheitsrecht Th. I. S. 161, 166 u. 67, Th. II. S. 19 u. 20; Cursus der Institutionen B. I. §. 14, S. 33; in der oben angeführten Rezension des Beseler'schen Buches in den Berliner Jahrbüchern von 1844, S. 11 u. 12, ꝛc. mit dem gehörigen Nachdrucke aufmerksam gemacht hat. Hinsichtlich der Gesetze darf man nämlich dem Richter auf keinen Fall ein materielles Prüfungsrecht über die Frage zugestehen: ob dieselben auch dem Nationalwillen wirklich entsprechen, und mit der Volksüberzeugung wirklich übereinstimmen? da sie ihre Geltung auf den Grund einer formellen (dem Richter übergeordneten) Autorität erlangen. Bei dem Juristenrechte dagegen bildet dessen materielle Uebereinstimmung mit der Volksüberzeugung, beziehungsweise mit der inneren Wahrheit, eine nothwendige Voraussetzung seiner Gültigkeit, und eben deshalb darf dem Richter die Befugniß nicht abgesprochen werden, nach solcher Seite hin erforderlichen Falles eine materielle Vorprüfung anzustellen. „Ein Rechtssatz gilt nicht darum, — sagt Puchta an dem zuletzt citirten Orte, — daß er Ueberzeugung des Juristenstandes, sondern darum, daß diese Ueberzeugung Volksüberzeugung ist. Ein Gesetz dagegen gilt, weil es vom Gesetzgeber promulgirt ist; es wird erwartet, daß es dem wirklichen Nationalwillen entspreche, aber seine Gültigkeit hängt nicht von einer Untersuchung dieser Voraussetzung ab; der Gesetzgeber ist allerdings auch als natürlicher Repräsentant seines Volkes zu betrachten, aber zugleich ist er ein durch die Verfassung constituirter, dessen Wille als Wille der Gesammtheit fingirt wird. So ist die Gesetzgebung eine formell selbstständige Rechtsquelle, nicht so das Bewußtsein des Juristenstandes." —

Wenden wir nun unser kritisches Augenmerk denjenigen

Ausführungen zu, welche er über jede der beiden Arten seines Juristenrechtes in und nach ihrer besonderen Beschaffenheit liefert; so überzeugen wir uns sofort, daß er dem von ihm statuirten Gerichtsgebrauchsrechte selbst wieder die Spitze abbricht. Wenn und insofern er nämlich in §. 32 Note 7—10, S. 69—71 den Gerichten gestattet, „nach Ueberzeugung des Besseren", oder in Folge des erlangten „besseren Wissens und besserer Gründe", von ihren Präjudizien wieder abzugehen, und zwar sogar den Gerichten der niederen Instanzen gegenüber den Präjudizien der höheren und höchsten Instanz (von welcher letzteren er sonst einzig und allein eine „mit Sicherheit bleibende" Rechtsregel begründen lassen will); so macht er dadurch die bindende Kraft der Präjudizien überhaupt zu einer rein illusorischen. Ganz dieselbe Wirkung bringt er überdies dadurch hervor, daß er gegen die Präjudizien die Einreden des Irrthums und der Unvernünftigkeit zuläßt (S. 70 und 75). Wer soll denn über das wirkliche Vorhandensein jenes „besseren Wissens und jener „besseren Gründe" entscheiden; wer soll die Existenz und Wirksamkeit jenes „Irrthumes" und jener „Irrationalität" in endgültiger Weise constatiren? Offenbar nur das betreffende, einzelne Gericht selbst, für welches ein von ihm oder von einem anderen, und zwar auch höheren, Gerichte erzeugtes Präjudiz vorliegt. In solcher Weise setzt also Maurenbrecher die formelle Autorität der Präjudizien in der That zu einem blosen Scheine herab, da er doch nicht wohl die Kraft und Gültigkeit der Gesetze gleichfalls von ihrer Rationalität wird abhängig machen, und in Folge besseren Wissens und besserer Gründe dem Richter das Abweichen von denselben wird gestatten wollen! In Wahrheit eröffnet er daher

der Savigny-Puchta'schen Theorie über die moralische Autorität der Präjudizien und des Gerichtsgebrauches durch eine Hinterthüre wieder den Zutritt, und stimmt mit derselben materiell überein, wenn er auch gegen sie formell den energischsten Widerspruch erhebt. — Wenn er übrigens auf der anderen Seite den Richter von aller Verantwortung freispricht, wofern er ein Präjudiz einfach befolge (S. 70); so nimmt er durch eine solche willkührliche Thesis, für welche gar kein rationeller Grund ersichtlich ist, die Geistesträgheit in Schutz, und bereitet dem Schlendrian eine bequeme Stätte. —

Die Grundsätze, welche in §§. 33, 36 und 37 über das Theorie-Recht entwickelt werden, enthalten nach ihrem wahren Wesen weiter nichts, als eine Wiederherstellung der alten, seit längerer Zeit glücklicher Weise der Verschollenheit anheimgefallenen, Lehre über die sog. communis opinio. Auch in diesem ihrem neuen Gewande hat die fragliche Lehre ihre rein äußerliche, willkührliche und barocke Natur keineswegs abgestreift. An die Stelle der früheren Thesen über die sieben (oder auch zehn) Doktoren, die Uebereinstimmung zwischen Bartolus und der Glosse, die casus pro amico, den Vorzug des Alters der mit einander streitenden Juristen, ꝛc. — an die Stelle dieser und ähnlicher Absurditäten setzt Maurenbrecher eine beliebige Anzahl von (verstorbenen) Juristen, welche er durch seinen Machtspruch zu Autoritäten erhebt, und gewisser Maßen mit dem jus respondendi ausstattet. Während er übrigens auf S. 73 als den Grundgedanken seiner Theorie die Maxime ausspricht, daß nur die Gesammtheit aller Theoretiker das Recht mache, substituirt er dieser schon nach wenigen Sätzen mit souveränem Belieben die Majorität, weil natürlich jene Totalität überall nicht mit Sicherheit sich constatiren, und noch weit weniger eine absolute

Uebereinstimmung unter allen Juristen sich nachweisen läßt, zumal ja bekannter Maßen über nicht wenige Punkte der juristischen Doktrin unter deren Trägern lebhafte Controversen herrschen. Hinsichtlich der geforderten Majorität bürdet er nun überdies den Parthien eine subsidiäre Beweispflicht auf, und zum höchsten Ueberflusse spricht er das Illusorische eines solchen blosen Zählens von Autoritäten dadurch selbst aus, daß er jedem Einzelnen nach seiner besten Ueberzeugung gestattet, „aus Gründen" jener Ansicht der Mehrzahl sich nicht zu unterwerfen (S. 74, Note 7). Da er nun auch bei diesem seinem, auf die Ansicht der Majorität der theoretischen Juristen gegründeten, Theorie-Rechte die Einrede des Irrthumes oder der Unvernünftigkeit für zuläßig erklärt (S. 75); so stellt er hierdurch seine ganze Lehre wieder auf den Kopf, bricht ihr die eigentlich gefährliche Spitze wieder ab, und verhilft auch hier wieder, gleich wie bei seinem Gerichtsgebrauchsrechte, der Savigny-Puchta'schen Auffassung von dem blos moralischen Ansehen der theoretischen Schriften und Lehrmeinungen auf einem Umwege zur praktischen Geltung und materiellen Anerkennung [31]. —

31) Ueberaus interessant und denkwürdig ist der Grund, welchen er auf S. 75, Note 8 dafür angibt, daß die gedachte Einrede des Irrthumes und der Unvernünftigkeit zwar wohl bei dem ungeschriebenen, keineswegs aber auch bei dem gesetzlichen Rechte zuläßig sei. Bei dem ersteren nämlich lasse sich die Regierung einen solchen Einwurf gefallen, weil sie durch denselben nicht unmittelbar berührt werde. „Das Gesetz dagegen irrt nie, — fügt er hinzu, — weil keine Regierung von den Unterthanen bei Gericht diesen Einwurf sich in's Gesicht will machen lassen. Pro odioso halten, ist die Formel für ein solches Nichtgefallenlassen in der Wahlkapitulation. Beim ungeschriebenen Rechte dagegen zeigt die Majorität des Volkes oder der Juristen die Unvernunft, nicht die Regierung." (Sic!) — Die, von ihm verfochtene, bedingte Autorität des Theorie-Rechtes, gleich wie des ungeschriebenen

Die handgreiflichen Verkehrtheiten und maßlosen Willkührlichkeiten, welche die §§. 34—37 über die Beweismittel für das Juristenrecht enthalten, und welche wir theilweise schon berührt haben, bedürfen keiner besonderen Widerlegung. Als ein vornehmlich interessanter Punkt möge übrigens die naive Bemerkung hervorgehoben werden, welche er in Betreff der Akten der ehemaligen deutschen Reichsgerichte und der heutigen höchsten Gerichtshöfe in den einzelnen deutschen Bundesstaaten auf S. 76 und 77 macht. Obwohl er nämlich diese Akten als die eigentlichen Erkenntnißquellen für das Gerichtsgebrauchsrecht bezeichnet, so sagt er dennoch von ihnen aus, daß sie, „leider! minder zugänglich seien, als es wünschenswerth wäre.“ Er substituirt ihnen daher ohne Bedenken die Präjudiziensammlungen, oder die sog. casuistischen Bücher der Juristen.

Ihren Gipfelpunkt erreichen übrigens seine Paradoxien in den Deduktionen der §§. 39 und 40 über das Verhältniß des Juristenrechtes zum Gewohnheitsrechte, gleich wie der beiden Formen des Juristenrechtes zu einander, und zwar namentlich über die Collision zwischen Theorie und Praxis [32]).

Rechtes überhaupt, welche er auf S. 75 und 76 für das eigentliche Bedürfniß des ewig fortschreitenden Geistes, für einen wahren Vorzug des deutschen Lebens, und für das wahrhafte Reformprinzip des positiven Rechtes erklärt, fällt nach ihrer inneren Bedeutung mit der, von Savigny und Puchta gelehrten, moralischen Autorität der theoretischen Ansichten der juristischen Schriftsteller und der Präjudizien völlig zusammen.

32) Als ein Beispiel für einen solchen Conflikt, „wo Volk und Gerichte zusammen gegen die Theorie kämpfen“, bezeichnet er auf S. 98, Note 4 seine Lehre über das ungeschriebene Recht selbst, welcher freilich noch keine communis opinio doctorum entgegenstehe, und deren Gebiet daher jenen Conflikt noch nicht vollständig zeige. „Aber nach

Hier enthält fast jeder Satz ein Curiosum. Um jenen Conflikt zwischen dem Theorie- und Gerichtsgebrauchs-Rechte zu lösen, nimmt er seine Zuflucht sogar zu dem „Alter“, zu dem „Gesetzgeber“ und zu der „Ansicht des Volkes.“ Wenn er übrigens seine betreffende Darstellung mit dem folgenden, richtigen Satze auf S. 98 beschließt: — „Ueberhaupt ist, besonders für den Germanisten, die Lebensregel festzuhalten: daß das Leben am seltensten irrt, und daß immerdar eher an die Untüchtigkeit der Theorie, selbst einer gesetzlichen, zu glauben ist, als an die Verkehrtheit des Wirklichen“ —: so läßt sich füglich die Frage erheben, ob nicht dieser Bemerkung die vollkommenste Anwendung auf seine eigene Theorie über das Juristenrecht gegeben werden könnte?! —

Auch alles Das, was in den §§. 41—42 b. über die Quellen des Juristenrechtes und die Formen des juristischen Denkens ausgeführt wird, bedarf wohl kaum mehr, als eines oberflächlichen Anblickes, um sofort in seiner unbegrenzten Willkührlichkeit und völligen Grundlosigkeit erkannt zu werden. Als solche Formen des Denkens, „in welchen der Wille der Juristen da, wo er zwischen die übrigen

---

vielen Zeichen der Zeit, — setzt er hinzu, — ist nicht unwahrscheinlich, daß der Conflikt seine vollste Durchbildung erleben werde, und möge man dann Acht haben, wie die Praxis und das Leben gegen eine widersprechende Theorie sich durchzusetzen verstehen!“ Der Erfüllung dieser Unheilverkündenden Prophezeihung kann nun aber die in Frage stehende Theorie mit der größten Ruhe entgegensehen, da es wohl an sich nichts Unpraktischeres gibt, als die Maurenbrecher'sche Lehre vom Juristenrechte. Sollte übrigens je ein Sieg des „Volkes“ in dem hier gebrauchten Sinne über die Wissenschaft sich ergeben, so würde ein solcher nichts Anderes zu bedeuten haben, als den Sieg der rohen, unvernünftigen Gewalt über die Vernunft!

Rechtsquellen ergänzend eintreten müsse, seinen Bildungsprozeß zu bestehen habe [33])", bezeichnet er nämlich:

1) Das Deduziren aus der Natur der Sache, oder auch, wie er sich abwechslungsweise ausdrückt, aus der Vernunft der Sache (S. 103). — Daß man an dieser „Natur", oder „Vernunft", oder nach einem anderen, von ihm beliebten Ausdrucke, an der „leitenden Idee eines Rechtsinstitutes" keinen objektiven Anhalt, keinen irgendwie sicheren Maßstab und keine feste Grundlage besitzt, weiß Jeder, welchem eine competente Stimme in diesen Fragen zukommt. Jene sog. Vernunft oder Natur der Sache ist häufig weiter nichts, als ein Produkt der blos subjektiven und willkührlichen Meinung, welche auch dadurch ihren wahrhaften Charakter keineswegs verändert, daß sie einen „guten Grund" für sich anzuführen versteht. Hier schlägt der, bereits oben in der ersten Abtheilung S. 23, Note 16 citirte, treffende Ausspruch Puchta's an: „Die Vernunft ist gleich einem weißen Blatte, das Jedem mitgegeben ist, und von Jedem mit den verschiedensten Sätzen beschrieben wird."

Auch das „Herleiten aus den Thatsachen" (S. 104) hilft hiebei wenig, denn in diesen liegen die Rechtsgrundsätze keineswegs am Tage, ja sie liegen vielmehr absolut

---

33) Höchst auffallender Weise läßt er eine derartige Ergänzung des bestehenden Rechtes nicht durch die Analogie bewirken; denn diese sei, wie er §. 42. S. 103, Note 5 bemerkt, „eine blose Sache des Erkennens, das den konkreten Willen des Gesetzgebers, nicht den Willen des Interpreten zum Gegenstande habe." Durch die von ihm angegebenen Formen des juristischen Denkens dagegen werden, nach seiner Auffassung, solche Gedanken hervorgebracht, welche zuvor weder in dem Bewußtsein der gesetzgebenden Gewalt, noch in dem des Volkes vorhanden waren, und daher als wahrhafte Schöpfungen der Juristen zu betrachten sind.

außerhalb und über denselben. Freilich will Maurenbrecher unter solchen Thatsachen „das ganze Sein Deutschlands", d. h. dessen „rein geistiges, politisches, juristisches und physisches Leben", verstanden wissen, oder auch, wie er Dies näher bezeichnet: „den Culturzustand, den National-Charakter, die Verfassung und das ganze positive Recht Deutschlands, ferner die Impulse, Zwecke, Bedürfnisse und Interessen der Handelnden, gleich wie Alles, was sonst der Naturnothwendigkeit angehört." (S. 104, Note 8). Allein alle diese ganz allgemeinen, vagen Categorien sind gewiß weit eher geeignet, die Willkühr des subjektiven Räsonnements zu steigern, und den Boden seiner fessellosen Bewegung auszudehnen, als einzuengen und zu begrenzen! —

2) Die Billigkeit (S. 106 und 107). Hierunter versteht er die von den Praktikern für einzelne Fälle und Individuen und von den Theoretikern für ganze Classen von Personen vorgenommene Umgestaltung des Rechtes nach ihrer eigenen Einsicht, welche den Zweck verfolgt, die von dem Staatswillen ausdrücklich oder muthmaßlich nicht gewollten Härten zu vermeiden. Nur in dem letzteren Falle übrigens, wo dadurch eine Regel geschaffen werde, bezeichnet er diese seine, neu erfundene, aequitas als eine Rechtsquelle. Ein solches wesenloses Phantasie-Gebilde verdient keine ernste Berücksichtigung. Zwar legt hiebei Maurenbrecher selbst eine protestatio facto contraria ein, indem er behauptet, daß durch sein Billigkeitsprincip dem individuellen Belieben der Juristen keineswegs ein freier Spielraum eröffnet werden sollte. Allein die Mittel und Wege, durch welche eine solche nothwendige Folge abgewendet, und dem, von ihm selbst in

Note 4 heraufbeschworenen, Mißbrauche „der sentimentalen Ideen, der Partheilichkeit, der Weichherzigkeit,“ ꝛc. begegnet werden könnte, hat er anzugeben vergessen, und würde er auch nie im Stande sein, solche aufzufinden und auf eine irgendwie plausible Weise für den praktischen Gebrauch erkennbar zu machen.

3) Das Deduziren aus den allgemeinen politischen Prinzipien der Staaten (S. 108). Diese Form des juristischen Denkens erklärt er für die letzte und subsidiärste, und als solche staatsrechtliche Prinzipien, welche in allen deutschen Ländern anerkannt seien, bezeichnet er: „Freiheit der Person und des Eigenthumes, des Verkehres und Erwerbes, der Berufswahl und der Auswanderung, Gleichheit vor dem Gesetze, Aufrechthaltung der Religion und Sittlichkeit, Gewissens- und Denkfreiheit und Unabhängigkeit des Richterstuhles.“ Seine hierauf gestützten Argumentationen und Deduktionen überbieten, wo möglich, die übrigen Schöpfungen seiner kühnen Phantasie noch an paradoxer Willkührlichkeit. Als unhaltbar muß insbesondere auch die Grenzlinie bezeichnet werden, welche er zwischen jenen seinen sog. politischen und den naturrechtlichen Prinzipien gezogen wissen will [34]). Auch ließen sich wohl die, von ihm aufge-

---

34) Dieser Abgrenzung zwischen den vernunftrechtlichen und den politischen Prinzipien, — welche letzteren er auch als diejenigen „natürlichen“ Prinzipien bezeichnet, die in den betreffenden Staaten rezipirt seien, oder auch als die Ergebnisse des „relativ vernünftigen Rechtes“ und der „praktischen Moral“, — bricht er freilich dadurch wieder selbst die Spitze ab, daß er auf S. 109, Note 4 den Satz aufstellt: „Wo aber die Rechtsphilosophie so völlig sich eingebürgert hat, wie im heutigen deutschen Staatsrechte mit Hülfe der oben angeführten Prinzipien, ist ein praktischer Unterschied, ob man aus diesen Prinzipien oder aus dem Naturrechte deduzire, freilich kaum bemerkbar.“

zählten, staatsrechtlichen Prinzipien noch namhaft vermehren, da es noch andere fundamentale Verfassungsmaximen gibt; und vor Allem darf in solcher Richtung der Umstand als ein sehr auffälliger bezeichnet werden, daß er unter jenen das monarchische Princip aufzuführen vergessen, obwohl er dieses sonst bekannter Maßen mit vorzüglichstem Nachdrucke betont, und aus demselben sogar an einer anderen Stelle seines Lehrbuches (zu vergl. oben S. 87) gegen die Savigny-Puchta'sche Theorie über das Gewohnheitsrecht argumentirt.

---

§. 8.

Wir wollen nun aber schließlich auch das Verhältniß noch beleuchten, in welchem die Theorie Maurenbrecher's und die Beseler's zu einander stehen, gleich wie überdies auch das Wahrheits-Element an's Licht zu stellen suchen, welches die erstere, unserer (bereits in der ersten Abtheilung S. 359 und 60, Note 182 angedeuteten) Ueberzeugung gemäß, trotz allen ihren Paradoxien, Uebertreibungen und Verkehrtheiten in sich enthält. Diese Ausschälung des, freilich in seiner äußeren Entfaltung fast zur Unkenntlichkeit verunstalteten, gesunden Kernes der Maurenbrecher'schen Lehre dürfte uns wohl auch in den Augen Dessen zur Rechtfertigung dienen, welcher meinen sollte, daß wir uns bei ihrer kritischen Würdigung länger, als billig, aufgehalten, und daß wir derselben eine wenig verdiente und noch weit weniger lohnende Aufmerksamkeit zugewendet hätten! —

Als einen Hauptirrthum, worin Beseler und Maurenbrecher mit einander übereintreffen, können wir nun den verkehrten Gebrauch bezeichnen, welchen sie beide von dem zwei-

deutigen Worte „Volk“ machen, indem sie hiemit einen unrichtigen Begriff, oder noch genauer *gar keinen* (konkreten) *Begriff*, sondern vielmehr nur *eine abstrakte Vorstellung* verbinden. Sie verstehen nämlich unter ihrem „Volke“ blos eine unorganische und chaotische Masse von Individuen, welche letztere sie bald aus den Laien im Gegensatze zu den Juristen, bald aus den Unterthanen im Gegensatze zu der Regierung oder dem Staatsoberhaupte bestehen lassen [35]. Wenn man nun in solcher Weise die Juristen von dem Volke unterscheidet, oder demselben sogar entgegensetzt; so muß man sie nothwendiger Weise in eine schiefe Stellung bringen, welche weder dem Begriffe, noch der Wirklichkeit entspricht. Seinem wahren Begriffe nach hat vielmehr das Volk ein blos unsichtbares und geistiges Dasein; als solches existirt es niemals in sinnlicher Weise. Denn die vielen Einzelnen in und nach ihrem individuellen Sein bilden keineswegs ein Volk, ja sogar nicht einmal ihre, äußerlich zusammengefaßte, Summe oder ihr Aggregat, sondern vielmehr nur und allein ihre *naturwüchsige Einheit*, welche in dem Staate ihre organische Erscheinung besitzt. Eine unorganische und einheitslose Menge von Individuen ist an und für sich noch kein Volk, sondern blos eine Horde, ein Haufen (turba), eine Masse, ein Pöbel, 2c. Für den Begriff und die Realität eines Volkes wird eine natürliche, mit einem besonderen Geiste ausgestattete, und durch das Band der gemeinsamen Abstammung vermittelte, Einheit von Menschen vorausgesetzt. Jener Geist, welcher

---

35) Am unumwundensten spricht *Maurenbrecher* diese vulgäre Vorstellung vom „*Volke*“ auf S. 105 aus, wo er dasselbe geradezu als „*die Volksmasse ohne die Juristen*“, oder als „*die Laien*“, oder „*das Publikum*“ bezeichnet, und durch dasselbe, in der Consequenz seines verkehrten Standpunktes, das Gewohnheitsrecht produziren läßt.

jedem einzelnen Volksgenossen als solchem angeboren ist und von selbst innewohnt, und durch welchen die Unterscheidung zwischen den besonderen Völker-Individuen begründet wird, besteht nun gerade in der Nationalität. Wenn, insofern und insoweit ein solcher konkreter Volksgeist wollend, d. h. praktisch sich verhält, produzirt er das Recht und den Staat. Das Recht im positiven Sinne ist also der konkrete Volks- und Staats-Wille. Das Volk kann zwar nur und allein im Staate wollen; allein nicht jede Art oder Form seines Willens tritt als unmittelbarer Staatswille auf, da als solcher blos das gesetzliche Recht betrachtet werden kann. Während also das Gewohnheitsrecht den unmittelbaren Volkswillen bildet, erscheinen dagegen das gesetzliche und das wissenschaftliche Recht als die blos mittelbaren Formen dieses Nationalwillens. Da nun das wissenschaftliche Recht überdies auch eine blos mittelbare Erkenntnißquelle oder Erscheinungsform des Staatswillens begründet, so stellt sich das folgende Verhältniß der drei Organe der Rechtserzeugung, oder der drei Rechtsquellen zu einander heraus. Geht man von dem Stand- und Gesichtspunkte des Volkswillens aus, so erscheint das Gewohnheitsrecht, also das Leben und Thun der Volksgenossen selbst (die Sitte), als seine unmittelbare Aeußerung, während er dagegen in der Gesetzgebung und der Wissenschaft blos auf mittelbarem oder indirektem Wege sich offenbart. Nimmt man dagegen den Statswillen zum Ausgangspunkte und zur Grundlage der Betrachtung, so gestaltet sich die Gesetzgebung zur unmittelbaren, die Volksgewohnheit und die Wissenschaft zur mittelbaren Erkenntnißquelle. Von beiden Standorten aus kann man

daher der Wissenschaft als solcher blos die Eigenschaft einer mittelbaren Rechtsquelle zuerkennen, und eben deshalb tritt dieselbe auch im geschichtlichen Leben der Völker immer erst in einem späteren Stadium ihrer Entwicklung und auf einer höheren Stufe ihrer Cultur hervor. —

Wofern man nun aber, gleich Beseler und Maurenbrecher, die Juristen von dem Volke ab-, unter- und ausscheidet, so gesteht man denselben auf der einen Seite zu wenig und auf der anderen Seite zu viel zu; — zu wenig, indem man gerade ihnen aus irgendwelchem unbekannten oder unbestimmbaren Grunde das volksmäßige Bewußtsein, den volksmäßigen Charakter und die nationalen Tendenzen abspricht, obwohl man solche allen übrigen Classen der Bevölkerung (auch dem hohen Adel und dem Staatsoberhaupte, wie Beseler a. a. O. S. 83 es ausdrücklich thut) unbedenklich zuschreibt; — zu viel, indem man ihnen eine durchaus selbstständige Stellung und unbegrenzte Macht einräumt, welche nur in Folge der mißbräuchlichen, tyrannischen Usurpation von Seiten eines Standes erlangt werden könnte, welche in der That und Wahrheit aber gar nicht existirt. Würde der Juristen-Stand in effektiver Wirklichkeit eine solche ungerechtfertigte und auch niemals zu rechtfertigende Gewalt oder Herrschaft sich angemaßt haben, welche rein und allein auf einer geschichtlichen Thatsache beruhete: so könnte das Volk (im Sinne Beseler's und Maurenbrecher's), ja sogar vernünftiger Weise müßte dasselbe, sobald es hievon Kenntniß erhalten würde, jener usurpirten Herrschaft und jenem unbefugten „Treiben" der Juristen je eher, desto besser ein Ende machen. Alle bloßen Klugheits- und Zweckmäßigkeits-Rücksichten müßten hiebei dem einfachen, durch das höchste Gebot der öffentlichen Sittlichkeit begründeten,

Motive weichen, daß man im Staate die despotische Gewalt von Seiten irgend eines Standes (obschon sie „zuweilen“ das den Volksbedürfnissen und dem Volkswohle Entsprechende verwirklichen kann) niemals für die Dauer dulden darf, und zwar dann um so weniger, wenn es sich von einem so unermeßlich hohen Gute und unschätzbaren Interesse handelt, wie das Recht ist. Auch das, von Maurenbrecher sonst so energisch vertretene, monarchische Prinzip steht einer solchen unbeschränkten Herrschaft von Seiten eines Bruchtheiles des Volkes gewiß nicht im minderen Grade entgegen, als der des ganzen Volkes, d. h. des Inbegriffes der Unterthanen, auf welcher letzteren Gewalt bekannter Maßen die moderne Lehre von der sog. „Volkssouveränität“ beruht, und in welcher Maurenbrecher, insoferne sie zur Grundlage des Gewohnheitsrechtes gemacht werden will, einen Eingriff in die Prärogative der Krone erblickt. Auch der Gesetzgeber würde daher berechtigt und beziehungsweise verpflichtet sein, jener ungebührlichen Herrschaft des Juristen-Standes mit allen, ihm zu Gebote stehenden, Mitteln entgegenzutreten, und dieselbe so bald, als möglich, durchaus aufzuheben. Freilich trifft diese ganze Argumentation nebst den, aus ihr hergeleiteten, Einwürfen die Beseler'sche Theorie in einem weit höheren Maße, als die Maurenbrecher'sche, da jene den deutschen Juristen, sowohl nach ihren Eigenschaften, als auch nach ihrer Thätigkeit, ihren Produkten und ihren Früchten, wenig Gutes nachrühmt, während diese davon ausgeht, daß sie das Zutrauen des Volkes und der Regierung besitzen, gleich wie auch von jeher sich eines solchen Zutrauens würdig gezeigt haben. Nach dieser Seite hin sowohl, als auch in Bezug auf die innere Begründung der Stellung der Juristen und des gesetzlichen Ansehens des Juristen-Rechtes

steht daher die Lehre Maurenbrecher's höher, als die Beseler's, da und insoferne Ersterer keineswegs, gleich dem Letzteren, mit der blosen Thatsache der Macht und Autorität des Juristenstandes sich begnügt, beziehungsweise die formelle Geltung des Juristenrechtes in Deutschland aus einem volksfeindlichen Gewohnheitsrechte (in dem ihm unterlegten Sinne eines äußerlichen Gewöhnungsrechtes) herleitet, sondern vielmehr sich abmüht, einen inneren oder rechtlichen Grund hiefür aufzufinden [36]). — Im Hinblicke auf die geistlose Aeußerlichkeit ihrer sonstigen Haltung und die Paradoxie vieler ihrer Deduktionen und Resultate dagegen verdient andrerseits die Maurenbrecher'sche Theorie der Beseler'schen durchaus untergeordnet zu werden. —

Wenn wir nun zuletzt auch noch den schwersten Punkt unseres ganzen gegenwärtigen kritischen Geschäftes erledigen wollen, so müssen wir die Frage zu lösen suchen, worin

36) Diesen seinen höheren Standpunkt bekundet Maurenbrecher auch dadurch, daß er bei einem Conflikte zwischen seinem Juristenrechte und Gewohnheitsrechte (welches letztere in solcher Auffassung mit dem Beseler'schen „Volksrechte" wohl so ziemlich übereinkommt) keineswegs mit der blos äußeren Thatsache der wirklichen Geltung sich begnügt, und daher ersterem, gleich Beseler, den unbedingten (formellen) Vorzug zugesteht, sondern vielmehr nach inneren Entscheidungsmomenten jene Collision zunächst zu lösen sucht. „Stehen beide im Widerspruche, — sagt er S. 96, — so hat das Juristenrecht, besonders das Gerichtsgebrauchsrecht, allerdings einen faktischen Vorzug, weil es die Gewalt in Händen hat; allein über das Recht entscheidet zunächst immer nur die relative Vernünftigkeit, d. h. das Resultat einer Untersuchung, auf welcher Seite bei Behauptung des Rechtssatzes die größere Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsprinzipien sich befinde."

denn eigentlich das Wahrheits-Element bestehe, welches wir, wie bereits angedeutet, der Theorie Maurenbrecher's vindiziren? Die Aufdeckung dieser (von Savigny sogenannten) relativen Wahrheit [37]) ihres leitenden Grundgedankens wird uns zugleich den Schlüssel für die Erklärung der, keinesfalls gänzlich außer Augen zu setzenden, Erscheinung gewähren, daß jener Gedanke eine so ungeheure Gewalt über seinen Urheber auszuüben vermochte, wie sie namentlich in der Vorrede zur zweiten Auflage seines Lehrbuches in sehr energischer Weise sich ausgesprochen findet [38]). —

37) Hierüber spricht sich Savigny in der herrlichen Vorrede zum ersten Bande seines „Systems des heutigen Römischen Rechts" S. XXXV und XXXVI in der folgenden, sehr beachtenswerthen Weise aus: „Endlich verdient noch, in den von uns angefochtenen fremden Meinungen, große Aufmerksamkeit ein Verhältniß derselben, das sich als relative Wahrheit bezeichnen läßt. Nicht selten nämlich werden wir in einer Meinung, die wir als entschiedenen Irrthum verwerfen müssen, dennoch ein wahres Element erkennen, welches nur durch verkehrte Behandlung oder einseitige Uebertreibung in Irrthum umgewandelt worden ist; namentlich gilt dieses von vielen Fällen, worin der Irrthum nur darin besteht, daß das Conkrete zu allgemein, oder das wahrhaft Allgemeine zu conkret aufgefaßt wird. Die Ausscheidung und Anerkennung eines solchen wahren Elements in der von uns als irrig bekämpften Meinung kann für die Wissenschaft von großem Werthe sein; sie ist vorzugsweise geeignet, unter unbefangenen, wahrheitsliebenden Gegnern eine Verständigung herbeizuführen, und so den Streit zur reinsten, befriedigendsten Entscheidung zu bringen, indem die Gegensätze in einer höheren Einheit aufgelöst werden." Würden diese so schönen Worte des großen Meisters eine verbreitetere und tiefere Beherzigung finden, so würden gar manche unerfreuliche Erscheinungen aus der deutschen Wissenschaft verschwinden, welche wir in ihrem heutigen Leben noch zu beklagen haben!

38) Wenn Maurenbrecher in dieser Vorrede seine Ueberzeugung dahin ausspricht, daß die Frage nach der Ansicht eines juristischen Autors von der Entstehung des ungeschriebenen Rechtes die Lebensfrage für jedes juristische Buch bilde; so wird ihm hierin Jeder beipflichten, welcher einen richtigen Einblick in die Tiefen jener Grund-

Als den wahren Bestandtheil jener Auffassung können wir nun wohl bezeichnen: die Anerkennung des steten, mächtigen und unabweislichen Einflusses, welchen die Wissenschaft, als die conkrete Erkenntniß und Anwendung des positiven Rechtes, auf dessen fortschreitende Entwicklung und continuirliche Fortbildung übt, m. a. W. die gebührende Anerkennung und Würdigung des produktiven Charakters der Rechtswissenschaft. — Der Grundfehler Maurenbrecher's dagegen besteht darin, daß er diese Produktivität, welche als eine freie Geistesthätigkeit erscheint, an rein äußerliche Regeln und Formeln binden will, und daß er daher in solcher Weise den Geist in seinem innersten Heiligthume verletzt, indem er wähnt, denselben auf einem rein mechanischen Wege, oder auf eine geistlose Weise, also vermittelst seines absoluten Gegensatzes erfassen und bannen zu können.

Seine Theorie unterscheidet sich also, ihrem wahren Wesen

---

probleme des Rechtes gewonnen. — Wenn er dagegen andrerseits auf die von Savigny im ersten Bande seines „Systems des heutigen Römischen Rechts" gegebenen Ausführungen über das wissenschaftliche Recht mit triumphirenden Worten sich beruft, und dieselben als einen „Sieg„ seiner eigenen Lehre verkündigt: so gibt er sich einer gewaltigen Täuschung hin, indem zwischen seiner und Savigny's Theorie (wie wir uns in der Note 182 der ersten Abtheilung ausgedrückt haben) „ein so großer Contrast besteht, wie er wohl kaum größer gefunden werden kann." — Eine analoge Aeußerung Maurenbrecher's in seiner Schrift: »de auctoritate prudentum«, wodurch er die von Savigny statuirte Unterscheidung des technischen und politischen Elementes im Rechte als den ersten Keim für seine eigene Lehre vom Juristenrechte bezeichnet, geißelt Puchta in der oben angeführten Rezension S. 734 mit den folgenden, sarkastischen Worten: „So mögen wir Raphael für die Pinseleien eines modernen Kunstjüngers verantwortlich machen, oder Prometheus für den Funken, durch den ein täppischer Knabe sich die Augenbraunen versengt!"

und Gehalte nach, nicht von der älteren Lehre über die communis opinio, welche hier nur in einem anderen äußeren Gewande auftritt. Eben deshalb machen auch seine betreffenden Aufstellungen und Ausführungen einen nicht minder ungünstigen Eindruck, als jene alten, abgeschmakten Regeln über die 7 Doktoren, über die casus pro amico, etc. Beide Lehren über die gemeine Ansicht der Rechtsgelehrten, sowohl die alte, als die neue, beruhen auf einem und demselben Prinzipe der geistlosen oder mechanischen Aeußerlichkeit. Die Autorität der Zahl ist für die wissenschaftliche Erkenntniß die unangemessenste, und überdies auch noch die unzuverlässigste, indem es in der Regel eine höchst schwierige, ja bei vielen, namentlich bei controversen, Fragen eine gänzlich unausführbare Sache sein wird, die verlangte Majorität außer Zweifel zu stellen. Eben deshalb sieht sich Maurenbrecher auch genöthiget, den Parthien zum Zwecke der Ermittlung jener Majorität eine subsidiäre Beweispflicht aufzubürden, obwohl Dies der ganzen Stellung des Richters und anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen absolut widerspricht. — Der Grundgedanke, auf welchem seine ganze Lehre beruht, ist nun aber nach seinem materiellen Wesen und Gehalte als ein vollkommen richtiger anzuerkennen, wenn auch die Form seiner näheren Begründung und Ausführung als eine noch so mangelhafte erscheinen mag. Denn dieses Grundmotiv seiner Anschauung besteht in nichts Anderem, als in dem Anerkenntnisse der Thatsache, daß die Doktrin und Praxis, oder die Wissenschaft und der Gerichtsgebrauch eine Rechtsquelle bilden, m. a. W. daß es ein sog. wissenschaftliches oder Juristen-Recht gibt [39]). Man muß jedoch

39) In solcher Richtung verdient namentlich auch die Note 2 zu §. 33, S. 72 und 73 die gehörige Beachtung, da er hierin davor warnt,

mit Puchta in diesem Juristenrechte ein doppeltes Element unterscheiden, welche nothwendige Unterscheidung Maurenbrecher nicht vollzogen, und in Folge der dadurch bewirkten Vermengung verschiedenartiger Begriffe viele seiner Irrthümer verschuldet hat. Ein Theil des Juristenrechtes bildet nämlich ein eigentliches und wahrhaftes Gewohnheitsrecht, so daß die Doktrin und Praxis blos als dessen Organe oder Erscheinungsformen zu betrachten sind. Vermöge dieser seiner gewohnheitsrechtlichen Natur kann nun aber auch ein solches, durch die Wissenschaft und den Gerichtsgebrauch bezeugtes, Recht erst dann erkannt und fixirt werden, wenn es seinen Bildungsprozeß durchaus vollendet hat. Auch wird daher für dasselbe eine längere, gleichförmige, im Gefühle der inneren Nothwendigkeit (opinione juris et necessitatis) vollzogene, Uebung von Seiten der Juristen, als der Repräsentanten der Nation, gerade so vorausgesetzt, wie für das unmittelbare Gewohnheitsrecht eine derartige Uebung von Seiten der einzelnen Volksgenossen. Diese Uebung bildet blos das äußere Moment, aus welchem auf das Vorhandensein des inneren Momentes, nämlich der Gemeinschaft oder Uebereinstimmung der Ueberzeugung, geschlossen werden kann. In der Regel freilich wird die Majorität der theoretischen und praktischen Juristen der Träger einer solchen gemeinschaftlichen Ueberzeugung sein, und zwar gerade deshalb, weil diese eine

---

aus dem Corpus juris civilis für oder gegen die heutige auctoritas prudentum Belege zu entlehnen, und die treffenden Worte hinzufügt: „Daß die Wissenschaft seit den Glossatoren fortgeschritten sei, rühmt Jedermann, und dennoch soll ihre Autorität abgenommen haben!“ — Auch über die juristischen Lehrbücher oder Compendien macht er auf S. 90 einige gute Bemerkungen, und bezeichnet dieselben als die Repräsentanten der communis doctorum opinio; was so ziemlich mit unseren eigenen Aeußerungen in der ersten Abtheilung S. 310 übereintrifft.

nationelle Natur besitzt. Allein jene Majorität kommt keineswegs an und für sich in Betracht, und hat keineswegs eine selbstständige Bedeutung, wie Maurenbrecher irriger Weise supponirt; sondern sie dient vielmehr blos zum äußeren Substrate und Belege der nationalen Eigenschaft oder des nationalen Charakters der, von den theoretischen und praktischen Juristen ausgesprochenen, Ueberzeugung.

Wenn und insoweit es sich aber nicht von einem derartigen (mittelbaren) Gewohnheitsrechte, sondern von demjenigen Theile des Juristenrechtes handelt, welcher aus wissenschaftlich zu begründenden Sätzen und Resultaten besteht, also von dem wissenschaftlichen Rechte im engeren und eigentlichen Sinne, zu welchem namentlich die meisten Controversen zu zählen sind: so kann niemals eine äußerliche Autorität irgend welcher Art, z. B. die größere Zahl, das höhere Gericht, die bevorzugte Stellung im Staate, der verbreitete Ruf ꝛc., sondern einzig und allein die innere, durch ernste, gewissenhafte und sorgfältige Forschung zu ermittelnde, Wahrheit den Ausschlag geben. Hier kann also nur eine sog. moralische Autorität Platz greifen, und es entscheidet, wie Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 138, sich treffend ausdrückt: „nicht das Gewicht der Stimme, nur das ihrer Gründe."

Zu jenen äußerlichen Mitteln, von denen wir einzelne Beispiele namhaft gemacht haben, wird eine Zeit nur dann ihre Zuflucht nehmen müssen, wenn die in ihr lebenden Juristen insgesammt, oder doch jedenfalls in ihrer überwiegenden Mehrzahl, nicht mehr die Fähigkeit und die Kraft besitzen, den ihnen dargebotenen Rechtsstoff innerlich zu beherrschen, und die für dessen lebendige Durchdringung erforderliche, geistige

Operation in der entsprechenden Weise zu vollziehen. Ein merkwürdiges Denkmal einer solchen traurigen Zeit bildet das sog. Citirgesetz Valentinian's III., und mit dieser Periode eines gänzlichen Verfalles der Rechtswissenschaft wird doch wohl Niemand unsere Gegenwart auf eine Linie stellen wollen!

Die erwähnte, von Maurenbrecher verabsäumte, Scheidung der beiden Elemente des heutigen Juristenrechtes in Deutschland läßt sich nun aber in und für seine Detail-Bestimmungen nur im Wege einer freien, wissenschaftlichen Forschung und Prüfung vollziehen. Für eine solche Feststellung des besonderen Inhaltes jener beiden, unterschiedenen Gebiete des, durch die Wissenschaft und den Gerichtsgebrauch getragenen, Rechtes bedarf es einer ähnlichen Sichtung des ganzen Materiales in allen einzelnen Rechtsdisciplinen, wie sie Savigny für das heutige Römische Recht in seinem „Systeme" durchgeführt hat. Einen äußerlichen Anhaltspunkt für die richtige Handhabung der postulirten Unterscheidung stellt zwar Puchta, „Gewohnheitsrecht", Th. II. S. 17—21, S. 67—75 und „Vorlesungen über das heutige Römische Recht", Bd. I. S. 40 und 41 auf, indem er zu dem Gewohnheitsrechte alle diejenigen freien und willkührlichen Sätze des Juristenrechtes gerechnet wissen will, welche einer inneren Begründung überall nicht fähig seien, wie z. B. ganze Rechtsinstitute in Bezug auf die Frage ihrer Existenz; ferner die Bestimmung über die äußeren Formen der Rechtsgeschäfte; die Normen, welche mit Zahlenverhältnissen in Verbindung stehen, wie die Vorschriften über Verjährungsfristen und Altersgrenzen, 2c. 2c. — Allein diese Grenzbestimmung hat doch wohl nur einen vorherrschend negativen und allgemeinen Werth, indem sie die Begehung grober Mißgriffe von vornherein verhüten kann. Einen ausreichenden Schlüssel

für die Lösung der betreffenden einzelnen Probleme gewährt jedoch auch sie in keiner Weise, und nimmermehr vermag ein solcher allgemeiner Maßstab der angedeuteten conkreten Prüfung der individuellen Bestandtheile des wissenschaftlichen Rechtes in seinen besonderen Gebieten zu überheben. Nur und allein im Wege einer solchen freien, wissenschaftlichen Untersuchung des Details läßt sich für den jeweiligen Zweig des Privat- und des öffentlichen Rechtes die Frage mit genügender Sicherheit lösen: welche Bestandtheile dem Gewohnheitsrechte (dem Juristenrechte im spezifischen und engeren Sinne), und welche dem eigentlichen Rechte der Wissenschaft angehören? Alle generellen Criterien und Regeln dagegen führen, wofern sie in einer mechanischen Weise angewendet werden, zu unbefriedigenden und verkehrten Resultaten. Doch über diesen Punkt werden erst unsere späteren Ausführungen (im dritten Capitel) das geeignete nähere Licht verbreiten.

---

§. 9.

Wir wollen nun aber unsere kritische Betrachtung auch noch auf die abweichenden Standpunkte und Auffassungen einiger anderer Schriftsteller ausdehnen, wobei wir übrigens hinsichtlich ihrer größeren oder geringeren Unvollständigkeit auf die obige einleitende Bemerkung zum §. 4 uns lediglich zurückbeziehen können. Im Allgemeinen läßt sich über die hier zu berücksichtigenden, gleich wie wohl auch noch über manche andere, Meinungen die Behauptung aufstellen, daß die einen oder die anderen ihrer Abweichungen von der Savigny-Puchta'schen Lehre mit einzelnen Grundgedanken der Auffassung Beseler's oder Maurenbrecher's zusammenfallen, beziehungsweise sogar auf dem Boden älterer Theorien

stehen bleiben, welche bereits Puchta in seinem Buche über das Gewohnheitsrecht siegreich bekämpft hat. —

I. J. F. Kierulff entwickelt in seinem tiefsinnigen Buche über die „Theorie des gemeinen Civilrechts", Bd. I. Altona 1839, dessen Einleitung namentlich viele höchst beachtenswerthe und geistreiche Ausführungen enthält, die folgenden, unser gegenwärtiges Thema berührenden, Grundsätze:

Neben ganz vortrefflichen und schönen Deduktionen über das Gewohnheitsrecht, welche er in §. 2, S. 6—15 liefert, vertheidigt er auffälliger Weise das (mit seiner sonstigen, in das innerste Wesen der einschlägigen Probleme eindringenden, Anschauung schwer vereinbarliche) Prinzip, daß das Gewohnheitsrecht durch die Gewohnheit entstehe, indem er gegen die entgegengesetzte (Puchta'sche) Auffassung polemisirt. Allein alle seine desfallsigen Gegenargumentationen erweisen sich bei näherer Prüfung keineswegs als stichhaltig. Freilich sah sich Puchta durch die zur Zeit des Erscheinens seines mehrgenannten Werkes über das Gewohnheitsrecht herrschende (irrige) Theorie genöthiget, auf das gegentheilige Moment ein überwiegendes Gewicht zu legen, und er betont daher die innere Seite, d. h. den durch die Volksüberzeugung begründeten Faktor, mit dem entschiedensten, vielleicht zu einseitigen, Nachdrucke. Andrerseits aber ist er nichtsdestoweniger durch seinen, ihm angeborenen, gesunden Takt davor bewahrt worden, in eine Abstraktion zu verfallen, und daher die Gewohnheit etwa für durchaus entbehrlich zu halten; was sich durch zahlreiche Belege aus jenem Buche und seinen späteren Werken mit der größten Evidenz nachweisen läßt [40]. Puchta

40) In solcher Beziehung findet sich z. B. in dem mehrgenannten Buche Th. 2, S. 12 und 13 die folgende, beachtenswerthe Aeußerung Puchta's über das Gewohnheitsrecht: „Dieses Recht hat unmittelbar

kehrt nur das früherhin statuirte Verhältniß von Ursache und Wirkung geradezu um, indem er in der Gewohnheit nicht den Entstehungsgrund für die Volksüberzeugung, sondern umgekehrt in dieser den Entstehungsgrund für jene erblickt. Freilich kann man, streng genommen, weder das Eine, noch das Andere behaupten, indem die Ueberzeugung oder das Bewußtsein des Volkes und die Gewohnheit wie Inneres und Aeußeres zu einander sich verhalten. Wenn daher Puchta der älteren Theorie mit allem Fuge die Bemerkung entgegenhält, daß der Körper nicht als der Vater der Seele betrachtet werden könnte; so darf doch auch umgekehrt diese nicht als die Mutter ihres Leibes aufgefaßt werden, sondern es wird vielmehr das zusammenhängende Dasein beider oder ihre Einheit für die Existenz eines lebendigen Individuums vorausgesetzt. Es beruht also auf einer blosen Abstraktion, eine wirkliche Rechtsüberzeugung des Volkes als entstanden anzunehmen, bevor sie in der Gewohnheit sich

---

keine andere äußere Erscheinung, als die Anwendung und Uebung, die consuetudo, welche wir hier als Sitte bezeichnen. Die Autorität, die wir oben schon der Gewohnheit überhaupt und im Allgemeinen zugeschrieben haben, verstärkt sich bei dem eigentlichen Gewohnheitsrechte dadurch, daß hier das Zeugniß, die Uebung, mit der Quelle des Rechtes, der Volksüberzeugung, als das natürliche Organ derselben in nächster Verbindung steht. Auch wird einer wirklichen und zur Bestimmtheit ausgebildeten Rechtsansicht des Volkes dieser Ausdruck in der Uebung niemals fehlen, wenn man gleich nicht sagen kann, er sei zur Entstehung des Rechtes, wie das geschriebene Gesetz bei dem promulgirten, erforderlich." — Zu vergl. ferner Th. I. S. 171 und 172, Th. II. S. 84 und 85, S. 103 und 104; Cursus der Institutionen Bd. I. §. 13 und §. 16; Vorlesungen über das heutige Römische Recht, Bd. I. §. 11, S. 25. An der zuletzt citirten Stelle bestimmt Puchta das Verhältniß der Gewohnheit zu dem Gewohnheitsrechte ausdrücklich dahin, daß jene als die äußere Erscheinungsform, dieses dagegen als das innere Wesen zu betrachten sei.

geäußert hat, da ein nur Innerliches niemals als ein Wirkliches besteht. Allein der entgegengesetzte Irrthum ist jedenfalls ein weit verwerflicherer, weil er auf die Geistlosigkeit sich stützt, und daher von der Voraussetzung ausgeht, daß das fortgesetzte, wenn auch unvernünftige, Handeln eben durch diese seine fortgehende Wiederholung, d. h. durch die blose Gewohnheit, wahrhaftes Recht erzeuge. Eben so wenig, als ein Gesetz vor der Publikation eine wirkliche Existenz und verbindliche Kraft besitzt, kann auch die natürliche Ueberzeugung und der natürliche Wille des Volkes als existent und wirksam betrachtet werden, bevor sich dieser in der Gewohnheit, d. h. in wiederkehrenden Handlungen und stetiger Uebung, auf die entsprechende Weise geäußert hat. Eine solche Unentbehrlichkeit der Gewohnheit für die Entstehung des unmittelbaren Volksrechtes erkennt übrigens Puchta schon dadurch zweifellos an, daß er das letztere auf die Sitte gründet; denn eine Sitte muß stets in dem wiederkehrenden äußerlichen Thun und Benehmen hervortreten, und kann nicht in einer blos innerlichen Ueberzeugung oder in einem rein innerlichen Verhalten bestehen. — Wer wird nun aber behaupten wollen, daß die Publikation der Grund des Gesetzes sei, oder daß durch die Publikation das Gesetz entstehe?! Freilich kann man auch nicht umgekehrt behaupten, daß das Gesetz die Ursache oder den Entstehungsgrund der Publikation bilde; sondern diese sowohl, als die sog. Promulgation, d. h. das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes, gehören nothwendig zu seinem Begriffe. Seinem Begriffe gemäß muß nämlich das Gesetz als der in bestimmten Worten veröffentlichte Volks- und Staatswille bezeichnet werden. — Puchta wollte daher wohl nur dem Gedanken Geltung verschaffen, daß der innere Drang des Volkes

die Gewohnheit hervortreibe; allein dieser dunkle Drang, welcher die Einzelnen zum Handeln bestimmt, tritt als gemeinsame Ueberzeugung erst dann hervor, wenn er durch wiederholtes, gleichförmiges und stetiges Handeln der betreffenden Individuen, m. a. W. durch die Gewohnheit, sich abgeklärt, gleich wie eine feste, sichere und objektiv erkennbare Consistenz gewonnen hat. —

Man kann demzufolge bei dem Stande unserer heutigen Wissenschaft die Frage: wodurch das Gewohnheitsrecht entstehe?, füglich auf sich beruhen lassen, da wohl alle competenten Stimmen darüber einig geworden sind, daß dasselbe eine Volks-Ueberzeugung, sei es des ganzen Volkes, oder irgend einer seiner natürlichen Abzweigungen oder nationalen Abtheilungen, in sich enthalte. Wenn übrigens Kierulff glaubt, durch seine Deduktionen den Beweis dafür geführt zu haben, daß durch die Gewohnheit an sich („eine gleichgültige faktische Gewöhnung") das Recht entstehe; so übersieht er, daß die für die nähere Bestimmung oder Qualifikation dieser Gewohnheit auf S. 7 von ihm selbst statuirten Voraussetzungen einer solchen Annahme geradezu widersprechen, und jenen Beweis gewissermaßen als erschlichen erscheinen lassen. Denn wenn er hier verlangt, daß die Gewohnheit „extensiv sich in einer Allgemeinheit äußern müsse, durch welche sie sich als das übereinstimmende Thun eines Volkes kund gebe"; so ist dieselbe ja von diesem übereinstimmenden Thun des Volkes, d. h. vom Rechte, von vornherein begleitet, und Letzteres kann also keineswegs durch sie erst produzirt sein. Wenn er ferner für die Gewohnheit das Requisit aufstellt, daß sie „intensiv als herrschende Richtung einer bestimmten Menschheit sich erweisen müsse, damit sie die Zufälligkeit und

Gleichgültigkeit einer blosen Regel verliere, und das den Rechtsbegriff integrirende Merkmal der Nothwendigkeit annehme": so ist eine solche mit Nothwendigkeit herrschende Richtung einer bestimmten Menschheit, d. h. eines Volkes oder einer natürlichen Abtheilung desselben, wiederum nichts Anderes, als das Recht selbst. Uebrigens sind die von Kierulff gebrauchten Ausdrücke: „Menschheit", „bestimmte Menschheit", „Kreis von Menschen", 2c. zu abstrakt, und entbehren derjenigen conkreten Bestimmtheit, welche die Bezeichnungen: „Volk", „Volksglieder", „Volksstämme", „kleinere nationale Kreise oder Einheiten", 2c. an sich tragen. —

Als vollkommen richtig sind zwar die folgenden Sätze anzuerkennen, welche er auf S. 9 aufstellt: „Die Uebung ist die äußere Erscheinung, d. i. das Dasein des gemeinen Wollens, und zugleich das einzige Mittel der Erkenntniß desselben. Das lebende Gewohnheitsrecht als stets neu sich erzeugendes, als fortwährende Entstehung einer gemeinsamen Rechtsmeinung bedarf also dauernd solcher Thatsachen, welche sein Dasein zugleich begründen und verkünden." Allein auch hierdurch ist keineswegs der Beweis für die Behauptung erbracht, daß das Recht durch die Gewohnheit entstehe [41]).

41) Die folgenden, von Kierulff in der Note zu S. 9 zur Unterstützung seines Widerspruches gegen die Puchta'sche Auffassung aufgestellten, Behauptungen sind gleichfalls als vollkommen richtige Thesen anzuerkennen. — „Auch wir behaupten, daß die Gewohnheit die Form und Erscheinung, und die gemeine Meinung das Wesen sei; aber eben darin liegt, daß jene das Dasein dieser ist. In der Wirklichkeit ist das Wesen nicht ohne seine Form, denn die Form ist nichts, als das Dasein des Wesens. Es ist nur der abstrahirende Verstand, welcher ihren reellen Zusammenhang zerreißt." — Allein aus diesen richtigen Prämissen kann man nun keineswegs die Schlußfolge ziehen, daß umgekehrt das Recht

Der von ihm auf S. 13 als „herrschendes Dogma“ vertheidigte Grundsatz, daß nach dem Geiste des heutigen Staates die Urquelle der praktischen Kraft des Gewohnheitsrechtes in dem stillschweigenden Willen der Gesetzgebung liege, verdient dagegen an sich keine Billigung. Denn dieser Wille des Gesetzgebers würde eine rein formelle Bedeutung haben, da derselbe dem Gewohnheitsrechte die Anerkennung auf keinen Fall versagen könnte. Dies zeigt sich auch schon darin, daß Kierulff selbst eine blos stillschweigende Genehmigung von Seiten des Gesetzgebers verlangt und sich ausdrücklich dagegen verwahrt, als ob er hiemit die theoretische Forderung einer ausgesprochenen, generellen oder speziellen, Bestätigung durch die Gesetzgebung erheben wollte. Wenn er nun aber als eine Consequenz aus jenem Dogma die Behauptung verficht, daß h. z. T. Niemand

---

durch die Gewohnheit entstehe, eben so wenig, als man behaupten dürfte, daß das Wesen durch die Form entstehe! Im weiteren Verlaufe jener Note spricht sich Kierulff auch über ein fortgesetztes Gewohnheitsrecht in einer durchaus befriedigenden Weise mit den Worten aus: „Wenn ein entstandenes Gewohnheitsrecht sich erhält, so kann man allerdings sagen, daß die spätere constante Gewohnheit des Volkes die Uebung eines Rechtssatzes sei; aber man muß sich nicht vorstellen, als wenn das Wesen, die gemeine Meinung, hinter seiner Form, der Uebung, zurückbliebe, sondern die fortgesetzte Gewohnheit ist nichts, als die fortwährende Reproduktion der gemeinen Ansicht und des allgemeinen Wollens, und wird immer auf's Neue zugleich Entstehungs- und Erkenntnißgrund des Gewohnheitsrechtes.“ Auch hierdurch gewinnt er übrigens kein neues Unterstützungsmoment für seine irrige Grundansicht, daß das Recht durch die Gewohnheit entstehe; denn auch bei jener fortgesetzten Reproduktion der gemeinen Ansicht, oder besser der Volksüberzeugung, ändert sich weder ihre eigene Natur, noch ihr Verhältniß zur Gewohnheit, sondern jene behält fortwährend den Charakter des Inneren oder des Wesens, und diese den des Aeußeren oder der Form. Durch die stete Vereinigung beider erhält sich daher das Dasein eines Gewohnheitsrechtes ganz so, wie dasselbe durch ihre ursprüngliche Verbindung (ähnlich dem Leben des menschlichen Individuums) entsteht.

daran zweifle, „daß die Legislation die praktische Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes beliebig einschränken könnte“ (S. 12); so ist dieser Satz, falls man ihm einen materiellen (also nicht blos einen formellen) Sinn unterlegt, völlig unhaltbar. Zwar haben von jeher, sowohl in alter, als in neuer Zeit, die Gesetzgeber mannigfache Versuche gemacht, das Gewohnheitsrecht einzuschränken, und selbst noch in unseren Tagen fehlt es nicht an verschiedenen Versuchen dieser Art, welche insgesammt einer unzureichenden Erkenntniß des Wesens des Gewohnheitsrechtes geradezu ihre Entstehung verdanken. Allein alle solche Versuche werden sich stets als ohnmächtige Unternehmungen erweisen, und eben blose Versuche bleiben, weil sie an der unbezwingbaren Macht der wirklichen Verhältnisse des Lebens scheitern, und daher als Gesetze sich offenbaren müssen, welche blos auf dem Papiere stehen, und nicht zur reellen, confreten Anwendung gelangen [42]). Erschweren

42) Einen eklatanten Beleg für die Richtigkeit dieser Behauptung liefert die württembergische Rechtsgeschichte. Durch das jüngste (dritte) Landrecht von 1610 ist nämlich die Ungültigkeit aller derjenigen Gewohnheitsrechte angeordnet worden, welche dem Inhalte der Landesgesetze widerstreiten, m. a. W. es ist hierdurch jede sog. consuetudo obrogatoria vel derogatoria insoweit für durchaus unwirksam erklärt, als sie gegen ein partikular-württembergisches Gesetz sich richtet. Nun zeigt aber die Geschichte Württemberg's nichtsdestoweniger zahlreiche Beispiele von solchen derogatorischen Gewohnheitsrechten auf. Ueber diese äußert sich Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, §. 9, S. 37 und 38 in der folgenden, merkwürdigen Weise: „Zwar machte sich die Kraft der rechtlichen Ueberzeugung im Volke gegen jene Beschränkungen nicht selten mit einem solchen Erfolge geltend, daß durch Gewohnheiten nicht wenige bestehende Gesetze überwunden und völlig außer Anwendung gesetzt wurden. Es war dies um so natürlicher, als die frühere Gesetzgebung namentlich mit übermäßigen polizeilichen Beschränkungen und Geboten, welche selbst für ihre Zeit nicht immer zu rechtfertigen waren, und für spätere Zeiten und veränderte Verhältnisse gar

und regellos machen läßt sich freilich die im Volke als Gewohnheit lebende und sich bethätigende Naturkraft, wenn man ihr mit verkehrten gesetzlichen Anordnungen in den Weg tritt; allein niemals kann man Das vollkommen verbannen, oder auch nur wesentlich einschränken, was auf unsichtbaren Wegen entsteht, und sich unwillkührlich, ja gleichsam von selbst bildet. Dies erkennt eigentlich Kierulff selbst, im Widerspruche mit jener seiner Behauptung über die dem Gesetzgeber offen stehende Möglichkeit einer beliebigen Beschränkung des Gewohnheitsrechtes, mittelst eines anderweitigen

---

nicht paßten, nur allzu freigebig war, und man später, statt zu bessern, bei dem Zustande, wie er sich faktisch gebildet hatte, es häufig eben bewenden ließ. So finden wir daher nicht blos in der Sphäre des öffentlichen Rechtes, sondern auch in der des Privatrechtes viele Volksgewohnheiten, durch welche unter den Augen der Regierung und selbst nicht selten unter Theilnahme ihrer Organe gebietende und verbietende Gesetze geradezu außer Anwendung gesetzt wurden. Allein bei den so bestimmten Erklärungen unserer Gesetze über das rechtliche Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zu den Landesgesetzen kann man jene Erscheinung nur als etwas faktisch sich so Vorfindendes, nicht aber als rechtlich bestehend behandeln.“ — Eine solche Betrachtungsweise vermögen wir nun aber, unserer ganzen Grundauffassung über die Natur und das Wesen des Gewohnheitsrechtes zufolge, unmöglich als eine richtige anzuerkennen, und folgeweise eben so wenig die weitere, in consequentem Zusammenhange hiemit von Wächter in §. 12, S. 51 aufgestellte Thesis, daß nach dem württembergischen Rechte das einheimische Gesetz, sei es älter oder jünger, unbedingt dem Gewohnheitsrechte, dieses aber unbedingt dem gemeinen Rechte vorgehe. Derartige Anschauungen und Lehrsätze haben doch wohl nur eine theoretisch-speculative Natur, und ihre praktische Ausführung wird sich weder für längere Dauer, noch für einen größeren (räumlichen) Kreis erzielen lassen, sondern an der natürlichen Widerstandskraft der wirklichen Lebensverhältnisse scheitern. In Württemberg wird das Gewohnheitsrecht mit und vermöge seiner Naturgewalt nicht anders wirken, als in der übrigen Welt, und es wird der irrationellen, aus der unzulänglichen Erkenntniß einer früheren Zeit hervorgegangenen, Schranken und Fesseln der Gesetze ihre eben so gut sich zu entledigen wissen, als sonst überall!

Ausspruches an, indem er in der Note zu S. 17 die folgenden Sätze aufstellt:

„In einem gesunden Staate, welcher allein wirklicher Staat ist, will der Gesetzgeber als Organ der Totalität nur, was er durchsetzen kann, und er kann nur durchsetzen, was die Nation will. Hier ist ein durch und durch zusammenstimmendes Wollen. Wo der Nation diese Willenskräftigkeit fehlt, da isolirt sich auch der Gesetzgeber, und ist in diesem Fürsichsein unwirklich, aber zugleich in dieser seiner Schwachheit der wirkliche Repräsentant des schwachen Staates, der sprechendste thatsächliche Beweis der Ohnmacht, der Krankheit des Staates."

Andrerseits kann nicht einmal einer weiteren, innerhalb engerer Grenzen gehaltenen, Behauptung Kierulff's die innere Begründung zugestanden werden. Wenn er nämlich für den Fall, daß die Gesetzgebung eines Staates gewisse Einrichtungen und Verfügungen für Grundfesten der rechtlichen Ordnung erkläre, und ihre Bestimmungen in irgend einer Beziehung als unbedingt nothwendig für das Staatswohl erachte, keiner entgegenstehenden Volksgewohnheit die Kraft eines Gewohnheitsrechtes zuerkennen will (S. 13): so übersieht er, daß eine jede Volksgewohnheit, welche sich auf rechtliche Dinge bezieht, schon an und durch sich selbst ein Gewohnheitsrecht begründet. Es könnte sich also in den unterstellten Fällen nur von der Frage handeln: ob in den betreffenden, einzelnen Akten der Uebung eine Volksgewohnheit in Wirklichkeit zu finden sei, ob also in jenen Akten eine Volksüberzeugung, oder aber blos die subjektive Meinung einer größeren oder geringeren Zahl von Individuen sich ausspreche? Zu einer solchen Fassung der obschwebenden Frage hat Puchta (bei Besprechung des Erfordernisses der

sog. Rationabilität in seinem Buche über Gewohnheitsrecht, Th. 2, S. 49—61) sein genialer Takt bestimmt. — Sobald daher die Existenz einer Volksgewohnheit in rechtlichen Verhältnissen, d. h. eines Gewohnheitsrechtes, entschieden feststeht, so muß man demselben einem jeden Gesetze von irgend welcher Art und irgend welchem Inhalte gegenüber die derogatorische Kraft zugestehen; denn dasselbe ist nicht, wie Kierulff selbst auf S. 8 sich sehr treffend ausdrückt, „eine nur bestimmensollende Nothwendigkeit, sondern vielmehr die schon bewährte Regel des Verhaltens, und es hat deshalb die Sicherheit und Unfehlbarkeit der Natur, indem es stets die wirklichen Bedürfnisse eines Volkes trifft.“ Ueberdieß widerspricht jener Beschränkung der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechtes Kierulff's eigene (ebendaselbst und S. 14 geäußerte), vollkommen richtige Thesis, daß bei letzterem Thatsache und Recht zusammenfallen, oder daß es die Identität beider bilde, indem das Faktum an sich stets zugleich auch Recht sei. Freilich will er, nach einer anderweitigen Aeußerung auf S. 14, als eine solche „Thatsache“ nur eine für das Gewohnheitsrecht „geeignete“ anerkennen. Allein hier bewegt er sich in einem offenbaren Cirkel. Denn als hiefür geeignete Thatsachen erscheinen, seinen eigenen Ausführungen gemäß, diejenigen gleichförmigen und wiederkehrenden Handlungen, worin sich eine Volksüberzeugung als herrschende Norm ausspricht. Einer solchen National-Ueberzeugung und einem solchen National-Willen lassen sich aber keine theoretischen Regeln vorschreiben; für sie lassen sich keine abstrakten Grenzen und Schranken ziehen, und auch nicht im Voraus die Bahn bestimmen, welche sie nothwendig wandeln müßten. Eine solche Volksüberzeugung läßt sich theoretisch nicht schaffen, sondern nur erkennen, gleich

wie nach Vollendung ihres Bildungsprozesses in der gehörigen Form veräußerlichen und darstellen. Eben so wenig kann sie aber auch durch die Gesetzgebung an sich beherrscht und hervorgebracht werden; denn wenn sie (und folgeweise auch das Gewohnheitsrecht) durch die abstrakte Regel und das blose „Sollen" des Gesetzes, dessen wahrhafte Bedeutung Kierulff S. 17 vollkommen durchschaut, im Voraus absolut bestimmt werden könnte: so würde sie eben damit zu einem unlebendigen Stoffe, gleich wie zu einer durchaus unselbstständigen, geist- und bewegungslosen Potenz herabsinken!

Eine weitere, sehr erhebliche Abweichung von dem hier vertretenen Standpunkte bietet nun auch die Auffassung Kierulff's hinsichtlich des Charakters der heutigen wissenschaftlichen oder doktrinellen Interpretation der Gesetze, beziehungsweise hinsichtlich der dadurch bedingten Stellung des Richters dar, welche Punkte er im §. 4, S. 18—45 mittelst einer umfassenden Ausführung erörtert. Kierulff confundirt nämlich die Stellung und den Beruf unserer heutigen Juristen mit denen der römischen, obwohl er die zwischen der heutigen und der römischen Jurisprudenz bestehende Wesens-Verschiedenheit, ihren allgemeinen Grundzügen nach, in der „Einleitung" S. XXIII und XXIV sehr treffend beleuchtet.

Die römische interpretatio war, ihrem Begriffe nach, eine ganz andere Thätigkeit, als unsere heutige Gesetzes-Auslegung; jene war mit bewußter Absichtlichkeit auf die Produktion und Fortbildung des Rechtes gerichtet, während dieser eine solche freie und bewußte Umgestaltung des Inhaltes der Gesetze keineswegs zugestanden werden kann, ohne

die gesammte heutige Rechtsordnung in ihren innersten Fundamenten zu untergraben. Die Juristen der Römer befanden sich daher der zeitgemäßen Um- und Fortbildung ihres Rechtes gegenüber in einem wesentlich anderen Verhältnisse, als unsere heutigen Juristen, und zwar ganz abgesehen von dem einigen, bevorzugten Individuen verliehenen jus respondendi, und der für diese hierdurch begründeten, ausgezeichneten (formellen) Autorität. Hierüber hat übrigens schon Savigny in seinem System des heutigen Römischen Rechts, B. I. S. 83—85, S. 297 und 298 ꝛc. das vollkommenste Licht verbreitet (zu vgl. auch unsere obige Note 11 in dieser zweiten Abtheilung). —

Was wir also der theoretischen und praktischen, oder —, wenn man sich so ausdrücken will, — der interpretativen Thätigkeit der heutigen Juristen im Ganzen und Großen, beziehungsweise ihrer Gesammtheit, oder dem ganzen Juristenstande zugestehen, und was wir folgeweise als ein, auf dem unsichtbaren Wege des allmäligen Fortschreitens sich ergebendes, Produkt ihrer ununterbrochenen, wissenschaftlichen und praktischen, Beschäftigung mit dem Rechte auffassen: Dies will Kierulff zur bewußten That jedes einzelnen Juristen erheben und demselben als stetes Ziel seines konkreten Handelns vorzeichnen! In der Consequenz dieses seines Standpunktes läßt er daher auch die extensive und restriktive logische Interpretation mit der Analogie völlig zusammenfallen, und zwar auf dem Boden der konkreten oder praktischen Rechtsanwendung (S. 28—33). Auch hier will er also dem einzelnen Richter gestatten, von den Unterscheidungs-Merkmalen jener geistigen Operationen, namentlich der ausdehnenden logischen Interpretation und der analogen Anwendung der Gesetze, völlig zu abstrahiren; und auch hier überträgt er somit auf das beschränkte Feld der

vereinzelten Rechtsanwendung alles Das, was wir von dem höheren Horizonte der Rechtsentwicklung der Völker überhaupt und von dem Boden des abstrakten Begriffs-Verhältnisses jener dialektischen Gedanken (der Auslegung und der Analogie) aus bereits in der ersten Abtheilung S. 119 und 120, besonders in Note 73, als eine vollkommen richtige und tief begründete Erkenntniß bezeichnet haben.

Obwohl nun Kierulff den heutigen Gesetzesauslegern eine so überaus freie Stellung und produktive Macht zuerkennt, so statuirt er gleichwohl auf der anderen Seite höchst auffallender Weise kein wissenschaftliches oder Juristenrecht mit der Bedeutung und Eigenschaft einer selbstständigen Rechtsquelle. Er läßt vielmehr dasselbe mit dem Gerichtsgebrauche in dem eigenthümlichen (sofort näher zu besprechenden) Sinne, welchen er diesem unterlegt, völlig zusammenfallen. Auch dieser Mangel mag sich wohl übrigens an letzter Stelle aus der, bereits gerügten, Verwechslung des einzelnen Juristen mit der Gesammtheit oder dem ganzen Stande erklären lassen. Denn da er jedem einzelnen Theoretiker und beziehungsweise Praktiker eine solche freie, freilich in seinen Augen nach dem „concreten Willen des Gesetzgebers“ sich richtende, Entwicklung und Fortbildung des gesetzlichen Rechtes zugesteht, welche wir nur als das Resultat der stillen, in einem langsamen und allmäligen Stufengange sich vollziehenden, und erst in ihrem vollbrachten Werke sichtbar hervortretenden, Produktion der sämmtlichen, theoretischen und praktischen, Juristen anerkennen: so kann er eben deshalb in den Produkten der Wissenschaft einerseits keine von den Gesetzen, und andererseits keine von den vereinzelten Gerichtsgebräuchen ver-

schiedenen, also keine selbstständigen Rechtselemente erblicken [43]).

Was nun seine Würdigung des Gerichtsgebrauchs insbesondere betrifft, so erscheint auch sie als eine durchaus ungenügende, da sie auf dem Boden der älteren, bereits von Puchta widerlegten, Theorie stehen bleibt, welche dem usus fori als solchem eine gesetzliche Autorität beilegt, und ihn daher als eine selbstständige Rechtsquelle auffaßt. Er läßt nämlich durch die blose Gewohnheit des Rechtsprechens, also durch die sog. Präjudizien, bindende Rechtsnormen erzeugen, und bezeichnet den Gerichtsgebrauch als „die einem Ge=

---

43) Die freie Stellung, welche er dem heutigen Interpreten vindizirt, spricht er z. B. auf S. 34 und 35 folgender Maßen aus:

„Wahre Interpretation ist treue Darstellung des gesetzgeberischen Gedankens. In ihrer Vollendung explizirt sie das Gesetz in den konkretesten und detaillirtesten Anwendungen. Der Gesetzgeber gibt dem Juristen in dem Worte des Gesetzes nur einen Fingerzeig, woran er erkennt, was Jener will. Er bleibt bei dem Worte nur stehen, wenn er in ihm den vollen Ausdruck des Willens sieht. Er kennt die ganze Sphäre der Anwendung des Gesetzes, und sieht er ein, daß sein Zeitalter das vom Gesetze umfaßte Objekt, die gesetzliche Voraussetzung, nicht mehr hat und kennt, so versagt er dem Gesetze ganz seine Anwendung. Die vollkommene Theorie ist eins mit der Praxis, indem sie confret begreift, was diese confret wirklich macht. Juristische Theorie ist, wie jede Theorie, divinirendes Vermögen, die intellektuelle That des Genie's, welche das noch ungeborene Recht schaut und in's Leben ruft. Sie formt den bisher noch rohen Gesetzesstoff, und gibt ihm die für seine endliche Verwirklichung angemessene Gestalt. Das Gesetz als Objekt theoretisch=juristischer Behandlung ist ein Stoff, welcher nur künstlerischer Behandlung fähig ist." —

Für die Aufgabe des heutigen Richters erklärt er S. 38 „die Findung des in seinem Staate vorhandenen konkreten Rechtes," und das geeignete Mittel für die Erreichung dieses Zweckes erblickt er in der Interpretation, durch welche (nach seiner auf S. 18 u. 19 näher dargelegten Auffassung), als durch einen einzelnen Akt der juristischen Theorie, der juristische Wille ergründet, und der Inhalt einer juristischen Norm entwickelt werde.

richte zur Gewohnheit gewordene Annahme eines gesetzlichen Willens" (S. 37). Auf der anderen Seite bricht er freilich, gleich Maurenbrecher, seinen desfallsigen Thesen durch nachträgliche, inconsequente Restriktionen ihre gefährliche Spitze wieder ab, so daß er in der That und Wahrheit gleichfalls nur eine moralische, also keine eigentlich juristische oder gesetzliche Autorität des Gerichtsgebrauches anerkennt, und daher im letzten, materiellen Resultate mit der Savigny-Puchta'schen Lehre wieder übereinstimmt. In solchem Sinne läßt er z. B. durch den Gerichtsgebrauch für den jeweiligen Richter blos „eine zunächst ihn verpflichtende Präsumtion" entstehen, deren Stärke von der längeren oder kürzeren Dauer jenes Gebrauches abhänge (S. 39). In der Consequenz einer solchen Auffassung gesteht er ferner dem Richter die Befugniß zu, „aus überwiegenden Gründen" (welche Gründe haben diese Eigenschaft, und wer soll über ihr Vorhandensein entscheiden?) von der seitherigen Praxis abzuweichen, und zwar sogar dem Unterrichter gegenüber den Präjudizien der Obergerichte (S. 40 u. 41). Wenn er übrigens in dieser Richtung auf S. 41 den vortrefflichen Satz aufstellt: „Der verständige Richter wird den Mittelweg einschlagen zwischen ängstlichem, trägem Beharren beim Alten und überregsamer, egoistischer Kühnheit, die allein das Richtige treffen zu können vermeint": so hat er hiemit wieder lediglich nichts Anderes ausgesprochen, als was auch Savigny und Puchta lehren. — Als der eigentliche und wahre Mangel der Theorie Kierulff's über den Gerichtsgebrauch ist nun aber, den vorangeschickten Bemerkungen zufolge, der Umstand zu bezeichnen, daß er in dem letzteren, gleich wie in der communis opinio, nicht auch ein gewohnheitsrechtliches Element statuirt, und daher es versäumt, die nothwendige

Scheidung der beiden verschiedenartigen, unter seiner Form hervortretenden, Rechtsbildungen zu vollziehen, auf welche wir bereits (nach dem Vorbilde Puchta's) in dem vorhergehenden §. 8 hingewiesen haben, und später noch mehrfach zurückkommen werden. Dieser Mangel wird übrigens auch nicht durch die richtigen Bemerkungen gehoben, welche Kierulff auf S. 39 über die Hervorbringung eines Gewohnheitsrechtes durch den Gerichtsgebrauch macht, indem er darauf hindeutet, wie ein inveterirter Gebrauch der Gerichte eine unmittelbare Rückwirkung auf die Rechtsansicht und den Gebrauch des Volkes übe, und wie die Lebensverhältnisse nach einer ausgebildeten Praxis sich zu gestalten pflegen. Denn es handelt sich hiebei keineswegs um ein Gewohnheitsrecht, dessen selbstständige Entstehung und Bildung durch einen Gerichtsgebrauch erst veranlaßt worden ist, sondern vielmehr um ein solches, welches der letztere bereits von vornherein in sich enthält, und welches durch ihn bekundet und offenbart wird, so daß die Gerichte in Betreff desselben blos als Zeugen oder als Organe des nationalen Rechtsbewußtseins im Volke fungiren. Nicht von einer erst zukünftigen, durch einen Gerichtsgebrauch erst in die Bewegung eines neuen Bildungsprozesses gesetzten, sondern vielmehr von einer gegenwärtigen, bereits abgeschlossenen Volksüberzeugung, welche in den Urtheilen der Gerichte (beziehungsweise in den Ansichten der Theoretiker) sich ausspricht, ist bei dem, von Puchta sogenannten, Juristenrechte die Rede. Eine gewisse, dunkle Ahnung dieses wahren Sachverhaltes findet sich sogar bei Kierulff selbst, da er über den Wirkungskreis des Gerichtsgebrauches auf S. 41 die folgende Aeußerung abgibt: „Vorzüglich kommt es auf die Art des Verhältnisses an, dessen juristische Natur der Gerichtsgebrauch normirt hat. Denn es gibt gewisse Sphären, wo der

Gesetzgeber durchaus genöthigt ist, sich unbestimmt zu fassen, wo es also unmöglich sein wird, den gesetzlichen Willen genau und überzeugend zu erfassen [44]). Hier ist die Pflicht des Richters, der das wahre Recht effektuiren soll, dem objektiven Gefühle einer Anzahl gebildeter Juristen mehr zu vertrauen, als seinem eigenen subjektiven Takte. In diesem Gebiete wird der Gerichtsgebrauch nie entbehrlich werden, und hier erfüllt er seine eigenthümliche Bestimmung, die Bestimmtheit des Rechtes zu fördern."

Denn das objektive Gefühl einer Anzahl gebildeter Juristen, durch welches hiernach der Richter sich soll bestimmen lassen, bildet in der That nichts Anderes, als das ihnen inwohnende nationale Volksbewußtsein, welches in und vermittelst ihrer gleichförmigen Rechtssprüche oder Lehrmeinungen zur äußeren Erscheinung und lebendigen Offenbarung gelangt.

II. F. C. Schmidt, Methode der Auslegung der Justinianeischen Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden, Kiel 1855, — geht von einer Grundanschauung aus, welche der hier vertretenen sehr nahe kommt, und er entwickelt daher manche Gedanken und Resultate, welche mit den

44) Unter diesen Sphären der unbestimmten Gesetze versteht wohl Kierulff Dasselbe, was Puchta, Vorlesungen, B. I. S. 40 und 41 unter den Rechtssätzen, die einer inneren Begründung nicht fähig sind, und daher den freien und willkührlichen Bestimmungen anheimfallen, z. B. die Vorschriften über die äußeren Formen der Rechtsgeschäfte, über Zahlenverhältnisse, ꝛc. Gleich wie Kierulff jene Sphären für ein vorzügliches Feld der Herrschaft und Bethätigung des Gerichtsgebrauches erklärt, so bezeichnet auch Puchta die von ihm hervorgehobenen Punkte als das eigentliche Gebiet für das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht, oder für das Juristenrecht im strikten Sinne.

von uns bereits seither ausgesprochenen völlig übereinstimmen, oder doch als richtige Consequenzen aus den von uns zu Grunde gelegten Prinzipien sich darstellen. Allein andererseits erringt er sich kein klares, allseitig durchgeführtes und in den wahren Zusammenhang eindringendes Verständniß jener, nur von Savigny und Puchta vollkommen beherrschten, Grundprobleme des positiven Rechtes und der positiven (geschichtlichen) Rechtswissenschaft; was durch die Beleuchtung einiger Hauptpunkte seiner Schrift bewiesen werden soll!

In Bezug auf die Rezeption des Römischen Rechtes in Deutschland und dessen heutige Geltung bekennt er sich zu einer eigenthümlichen Auffassung, welche sich übrigens mit den von uns adoptirten, grundleitenden Rechtsprinzipien wohl könnte vereinbaren lassen. Er behauptet nämlich, daß die römischen Rechtsbücher nicht als ein Justinianeisches Gesetzbuch rezipirt seien, und bemerkt zur näheren Erläuterung und Entwicklung dieses Gedankens im §. 92, S. 167: „Es ist daher meiner Ansicht nach eine Täuschung, daß das Justinianeische Recht die Quelle des heutigen gemeinen Rechtes ist. Es sind vielmehr die in der Praxis angenommenen Meinungen theils der theoretischen Schriftsteller, theils die Meinung der mit richterlichen Funktionen beauftragten Juristen, oder mit anderen Worten der Gerichtsgebrauch, die Quellen, woraus die Normen für die Entscheidungen in den vorkommenden Rechtsfällen entnommen werden [45])." Zwar verhehlt er sich nicht, wie einer

45) In gleichem Sinne charakterisirt er seinen Standpunkt schon in der Vorrede, wo er auch seine Methode der Auslegung der Justinianeischen Rechtsbücher mit wenigen Worten dahin entwickelt, daß hiernach ausschließlich die Titel, in welchen die Compilatoren die Stellen gebracht, zu beachten seien, während ihre ursprüngliche Fassung bei den alten Juristen blos ein historisches Interesse beanspruchen könnte.

solchen Betrachtungsweise der Umstand im Wege stehe, daß man seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, nachdem in vielen Fällen die Praxis und die opinio doctorum ihre Autorität verloren, die Entscheidungen durch die Auslegung der (römischen) Gesetze zu rechtfertigen gesucht habe. „Aber demungeachtet ist doch immer vorzugsweise —, äußert er zur Begegnung dieses Einwurfes in §. 94, S. 169, — die Praxis Rechtsquelle geblieben, und wenn von der bisherigen Praxis abgewichen worden, so ist dieses wiederum durch die Ansicht von angesehenen Rechtsgelehrten gerechtfertigt. Es ist selten gewagt, ein Gesetz aus dem Corpus juris einer Entscheidung zum Grunde zu legen, wenn nicht eine übereinstimmende Ansicht über die Auslegung herrschte. Es hat diesemnach als Norm der Entscheidung nicht das Gesetz, sondern die Ansicht der Rechtsgelehrten und die Praxis gedient, und dieser Zustand wird immer bleiben, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil das Gesetz interpretirt werden muß. Interpretirt kann das Gesetz nur durch Männer werden, welche durch Wissenschaft oder Erfahrung gebildet sind."

Allein mit diesem Ausgangspunkte vertragen sich keineswegs die ungenügenden Ausführungen, welche Schmidt in den §§. 95—97 über das wissenschaftliche Recht liefert, und wodurch er zeigt, daß er Savigny's Auffassung, auf welche er sich vorzugsweise stützt, nicht nach ihrer wahrhaften Bedeutung sich zu eigen gemacht, sondern nur in einer mehr äußerlichen Weise erfaßt hat. Eben deshalb erscheinen auch die, freilich nicht klar und bestimmt gefäßten, kritischen Bemerkungen als unbefriedigend, welche er gegen die, oben S. 38 u. 39 angeführten, vortrefflichen Andeutungen Savigny's über die Art und Weise kehrt, in welcher sich die Richter den wissenschaftlichen Autoritäten gegenüber verhalten, und die theoreti=

schen Schriften benützen sollen. Hiergegen erhebt er namentlich S. 175 den, aus einer solchen rein äußerlichen Betrachtung geschöpften, Einwurf, daß auf den Grund dieser Anhaltspunkte für den Richter erst die Vorfrage gelöst werden müßte, ob er die Eigenschaft eines Gelehrten besitze?, bevor ihm die Bildung eines eigenen Urtheiles über theoretische Punkte verstattet werden könnte.

In einem diametralen Widerspruche mit der von ihm adoptirten Grundlage steht nun aber die Polemik, welche er in §. 98 gegen die Autorität des wissenschaftlichen Rechtes überhaupt erhebt, und welche er auf den bekannten, nicht seltenen Wechsel der Theorien und Lehrmeinungen stützt, wovon uns die Dogmengeschichte seit den Glossatoren überzeuge. „Daß die Auktorität der Rechtsgelehrten —, sagt er S. 177 und 178, — Gesetzesstelle vertreten soll, macht das Recht im höchsten Grade unsicher, denn wenn künftig die in Ruf stehenden Juristen einverstanden sind, daß die bisher als richtig angenommene Auslegung irrig sei, so werden auf einmal wieder die Rechtsverhältnisse nach anderen Regeln beurtheilt, insoweit nicht nach der vorhergehenden Ansicht rechtskräftig entschieden ist."

Weshalb diese Gefahr der Aenderung des Bestehenden bei dem wissenschaftlichen Rechte größer sein soll, als bei dem gesetzlichen?, hiefür ist überall kein stichhaltiger Grund zu entdecken. Im Gegentheile dürfte vielmehr bei dem ersteren vermöge seiner ganzen Natur, Anlage und Bildungsweise ein völliger Wechsel sich weit schwerer und langsamer ergeben, als bei dem letzteren.

Die „in Ruf stehenden" Juristen werden über die Annahme einer neuen Theorie weder so leicht, noch so rasch einig, als Schmidt hier supponirt, und noch viel weniger bildet

sich ein solches Einverständniß unter ihnen auf willkührlichem Wege, also gewissermaßen durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung über die Abschaffung der seitherigen doktrinellen Ansichten, wie man fast nach jener seiner Argumentation glauben sollte! Es erscheint daher auch die Besorgniß, welche er von der Rückwirkung eines solchen Wechsels der Theorie auf bereits abgeschlossene Geschäfte hegt, (in welcher Richtung er sogar bemerkt, daß die Doktrin hiernach eine größere Macht ausüben würde, als das Gesetz), als eine leere und ungegründete.

Trotz dieser unzulänglichen Anschauung über die Natur und die Autorität des wissenschaftlichen Rechtes an sich gibt Schmidt andererseits in §§. 100 und 101 wider recht gute Ausführungen über die Codifications-Frage, gleich wie über die Bedeutung des Gerichtsgebrauches oder der Praxis für das noch heutzutage geltende Römische Recht. Hiebei weist er namentlich auf S. 180 darauf hin, daß unser Rechtszustand auch dann im Allgemeinen derselbe bleiben würde, wenn die Justinianeischen Rechtsbücher durch gesetzliche Verfügung in ihrer unmittelbaren Geltung aufgehoben werden sollten, da nichtsdestoweniger die Fortdauer aller derjenigen Rechtsinstitute und Rechtssätze gesichert wäre, welche durch die Praxis sanktionirt worden.

---

§. 10.

III. Eduard Osenbrüggen legt in seiner Abhandlung über „die Berufung auf das Rechtsbewußtsein im Volke“ im Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Jahrgang 1854, Nro. 6, S. 152—170, mancherlei Grundsätze dar, welche mit

den hier genommenen Ausgangspunkten und vertheidigten Resultaten vollkommen harmoniren. Auf den gleichen materiellen Grundlagen beruht auch sein Aufsatz über „das Criminalrecht und den Zeitgeist," welcher ebenfalls im Criminal-Archiv, Jahrgang 1855, Nro. 11, S. 261—292, abgedruckt ist.

Allein hierin sind unsere Fragen mehr nur auf der Oberfläche und in populärer Form berührt, was auch der Natur dieses, vor einem gebildeten, nicht blos aus Juristen bestehenden, Publikum (in Zürich) gehaltenen, Vortrages vollkommen entspricht.

Was nun aber jene erstgenannte Abhandlung betrifft, so mögen aus derselben für unseren speziellen Zweck die folgenden Punkte hervorgehoben werden. — Nachdem Osenbrüggen gegen die, namentlich von Temme befürwortete, Berufung auf das Rechtsbewußtsein im Volke treffend polemisirt, und durch manche sprechende Beispiele aus dem Rechtsleben nachzuweisen gesucht hat, wie diese und ähnliche, ganz allgemeine und vage, Categorien, z. B. „der gesunde Menschenverstand", „das natürliche, allgemeine Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein", „die allgemeine Rechtsanschauung", 2c. als schlechthin unvermögend erscheinen, für das Detail der Rechtsfragen einen irgendwie sicheren Anhaltspunkt und bestimmten Maßstab zu gewähren, und wie sich die widersprechendsten Ansichten oder Theorien gleichmäßig auf jene Quellen zu berufen pflegten, und auch mit allem Fuge berufen könnten: so kommt er zu dem Resultate, daß in dem Schwurgerichte das zweckmäßigste Mittel für die Vereinigung der Jurisprudenz mit dem gesunden Menschenverstande durch das Nebeneinanderwirken des gelehrten und des volksthümlichen Elementes dargeboten sei. Seine desfallsige Anschauung conzentrirt er auf S. 169 und 170 mit den Sätzen: „das Recht, also auch das Strafrecht, ist eine

Seite des Volkslebens. Es ist ein verschiedenes, gemäß den Culturzuständen der Völker. Wir leben nicht mehr in primitiven Zuständen, und sehnen uns nicht nach solchen zurück, daher kann auch die Rechtspflege keine primitive sein, deren Handhabung jeder Mann aus dem Volke gewachsen wäre, und demgemäß können wir auch den gesunden Menschenverstand, bei aller Anerkennung seines Werthes, als obersten Richter für alle Rechtsfragen nicht gelten lassen, und dem ihm verschwisterten Rechtsbewußtsein im Volke, das ohnehin so schwer zu ermitteln ist, soll nicht die Rechtswissenschaft untergeordnet werden, wohl aber soll diese dessen Stimme hören, wie sie laut und allgemein sich äußert."

Es ist hier nicht der Ort, um die von Osenbrüggen berührte, so hochwichtige und unendlich viel besprochene, Frage nach dem Werthe der Schwurgerichte einer Erörterung zu unterziehen. Nur das Bedenken gegen den von ihm hierin eingenommenen Standpunkt wollen wir kurz andeuten, ob nicht seine eigenen Prämissen für die Gewinnung einer anderen Schlußfolge hätten benützt werden können, zumal wenn man mit seinen betreffenden Ausführungen Das zusammenhält, was er in der Abhandlung über „das Criminalrecht und den Zeitgeist" hinsichtlich der Untrennbarkeit der That- und der Rechtsfrage treffend bemerkt. —

Uebrigens können wir Osenbrüggen's ganze, so geistreiche Darstellung, obwohl wir mit ihren materiellen Resultaten fast durchaus übereinstimmen, von dem Vorwurfe einer gewissen Oscillation hinsichtlich des mit dem Worte „Volk" verbundenen Begriffes nicht unbedingt freisprechen. So ist z. B. auf S. 164 von dem „Rechtsbewußtsein im Volke", auf S. 169 von dem Wachsen der „Rechtskenntniß im Volke", 2c. die Rede, wo dieses Wort, wie der Zusammenhang lehrt,

in der vulgären Bedeutung, nämlich für den Inbegriff der Nichtjuristen, gebraucht ist [46]).

Auch wir gehen zwar von dem obersten Postulate aus, daß die Vertreter der Rechtswissenschaft und der Rechtspflege, also die theoretischen und praktischen Juristen, auf die Volksstimme, das Volksgefühl und das Volksbewußtsein sorgfältig achten sollen; allein nur in dem Sinne und in der Gestalt, wie die genannten, so mächtigen Potenzen in ihrem eigenen, freien Inneren leben, und wie ganz insbesondere jene, in dem Gemüthe jedes Einzelnen widerklingende, Volksstimme Demjenigen klar vernehmbar ist, welcher ihren leisen Tönen ein offenes Ohr leiht. Dieses nationale Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein des wissenschaftlich gebildeten Juristen ist auch, wofern es nur nicht durch die isolirende und verkehrte Richtung einer todten Gelehrsamkeit unterdrückt, oder wenigstens verbildet worden, der allein sicher leitende Wegweiser; und sein Ergebniß wird gewiß bei näherer Prüfung stets auch eine vollkommene Uebereinstimmung mit dem innersten Gehalte der gesunden, geläuterten und edlen Gefühle der übrigen (gebildeten) Volksgenossen aufzeigen. Auf der anderen Seite dagegen sollen die willkührlichen und maßlosen Empfindungen, die schlimmen Leidenschaften, die momentanen Erregungen, gleich wie überhaupt alle unberechtigten Elemente in den Gefühlen einer größeren oder geringeren Menge von Individuen,

---

46) Vor einer solchen Vermengung der verschiedenartigen Bedeutungen des Ausdruckes „Volk" warnt übrigens Osenbrüggen selbst in seiner Abhandlung über „das Criminalrecht und den Zeitgeist" im Criminal-Archiv a. a. O. S. 285, indem er die sehr treffende Bemerkung macht: „Gerade die Juristen, welche am meisten von Volksthümlichkeit des Rechtes reden und von Rechtsbewußtsein des Volkes, lassen den Begriff des Volkes, der hier doch fundamental ist, in unbestimmter Schwebe, und die Folge davon ist, daß auch die weiteren conneren Begriffe hin und her taumeln!"

welche man für das „Volk“ auszugeben beliebt, an dem wissenschaftlich gereinigten und verklärten Rechtsgefühle ihren wahrhaften Regulator und Werthmesser finden [47]).

Hier, gleich wie überall, müssen wir daher von der unverrückbaren Voraussetzung und Grundlage ausgehen, daß eine heilsame, allseitig entsprechende und befriedigende, Reform unseres Rechtszustandes nur und allein von der Wissenschaft selbst angebahnt werden kann. Nur sie vermag aus und durch sich selbst den richtigen Weg für ihre eigene, zeitgemäße Um- und Fortbildung sowohl, als auch für die Umgestaltung der realen Rechtszustände aufzufinden, gleich wie fernerhin die Beschreitung dieses Weges mit bewußter Energie, maßvoller Besonnenheit und geduldiger Ausdauer zu verfolgen. Die Einmischung und die Uebergriffe anderweitiger Potenzen und Faktoren dagegen, mögen sie Namen haben, welche sie wollen, werden zu keinem wahren und dauernden Heile führen. Nur die Rechtswissenschaft wird, indem sie sich selbst reformirt

47) Den gleichen Standpunkt vertritt im Allgemeinen auch Abegg, die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft der Gegenwart, Braunschweig 1859, S. 69—85. Wenn auch hinsichtlich der Form ihrer Begründung von unserer Auffassung der in Rede stehenden Fragen mehrfach abweichend, stimmt er dennoch in allen ihren wesentlichen materiellen Resultaten wohl durchaus mit ihr überein. —

Auch die Ausführung, welche Stahl in der neuesten (dritten) Auflage seiner Philosophie des Rechts, Bd. II., Abthlg. I., Cap. IV., §. 25—28, S. 261—273, über die „Volksthümlichkeit des Rechts“ gibt, beruht im Wesentlichen auf der, hier adoptirten, Grundlage der historischen Rechtslehre, und zeigt daher nach manchen Seiten hin eine materielle Uebereinstimmung mit den Argumentationen des gegenwärtigen Capitels unserer Schrift auf. — Eine populäre Darstellung seines betreffenden Standpunktes hat Stahl in der geistreichen, gegen Kirchmann gerichteten, Abhandlung über „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein“, Berlin 1848, geliefert.

und eine lebensvollere Richtung einschlägt, zu gleicher Zeit auch die auf ihrer Grundlage, als auf ihrem ausschließlich soliden Fundamente, beruhende Rechtspraxis und Rechtsgesetzgebung in einer wahrhaft gesunden, organischen und normalen Weise mitumgestalten!

IV. J. D. H. Temme (welcher hinsichtlich der Frage nach der Natur und Bedeutung des heutigen gemeinen Rechtes, wie die Ausführungen der Abtheitung I. S. 332—334 gezeigt, mit unserer eigenen Auffassung in einer fast durchgängigen materiellen Uebereinstimmung sich befindet) hat namentlich in seinem „Lehrbuche des Preußischen Strafrechts", Berlin 1853, der Berücksichtigung des im Volke lebenden Rechtsbewußtseins in nachdrücklichster Weise das Wort geredet. Gegen seine desfallsigen Argumentationen und Deduktionen war vorzugsweise die zuvor besprochene Abhandlung Osenbrüggen's gerichtet, gegen dessen Angriffe Temme selbst wieder im Archiv des Criminalrechts, Jahrgang 1854, Nro. 21, S. 586—602, sich vertheidigt hat. Wofern wir nun die Grundzüge des Temme'schen Standpunktes einer kritischen Betrachtung unterziehen, so dürfte wohl für seine Würdigung die Hervorhebung der folgenden Momente genügen. — In der Vorrede zu dem genannten Lehrbuche S. VII. ist der Satz ausgesprochen: „Das wahre Recht eines Volkes ist immer nur das, das in dem allgemeinen Bewußtsein des Volkes lebendig geworden ist."

Hier ist, wie der weitere Zusammenhang zweifellos beweist, das Wort „Volk" in dem Sinne der in der Gegenwart lebenden Masse oder Summe der Volksmitglieder, und zwar namentlich der Nichtjuristen, gebraucht. Gegenüber einer solchen Anschauungsweise hat nun aber Osenbrüggen sehr richtig

und treffend ausgeführt, daß das unermeßliche Detail unseres heutigen, praktisch anwendbaren Rechtes, welches doch wohl auch als ein lebendiges anerkannt werden muß, in dem allgemeinen Bewußtsein des Volkes keineswegs vorgefunden wird, und auch von demselben auf keinen Fall mehr beherrscht werden kann. Wesentlich verschieden hievon ist aber die, von Savigny vielfach vertretene, Behauptung, daß auch in den Zeiten einer sehr vorgerückten Kultur, also auch in unserer heutigen, das Recht, seinen Grundzügen nach, im Bewußtsein des Volkes, d. h. der nicht-rechtsgelehrten Volksgenossen, fortlebe. — Wenn übrigens Temme glaubt, daß die für die Erkenntniß des im Volksbewußtsein lebenden Rechtes bestehenden Schwierigkeiten einen bloß subjektiven und vorübergehenden Charakter an sich tragen, was aus seinen Aeußerungen a. a. O. S. VIII. und in der erwähnten Abhandlung S. 599 und 600 entnommen werden kann: so übersieht er, daß die Schwierigkeit, ja genauer die Unmöglichkeit einer sicheren Erkenntniß durch die spezifische Natur und das begriffliche Wesen jener (vermeintlichen) Rechtsquelle selbst begründet wird. Denn das Volk im Sinne Temme's, Beseler's und Maurenbrecher's besitzt kein gemeinsames, ihm eigenthümlich angehöriges, Rechtsbewußtsein, und um so weniger läßt sich daher seine Erkenntniß, sei es durch rein äußerliche oder durch geistige Mittel, in objektiver Weise fixiren, wie unsere früheren, gegen die letztgenannten Schriftsteller gerichteten, Ausführungen wohl zur Genüge dargethan haben.

Neben ganz vortrefflichen Bemerkungen über die Auslegung im §. 25 stellt Temme in Bezug auf das aus dem Volksbewußtsein zu schöpfende Recht einige Sätze auf, welchen wir auch von unserem Standpunkte aus einen richtigen Sinn zu unterlegen vermögen. „Für das gesammte Preußische

Strafrecht — sagt er nämlich auf S. 129, — gilt als erste und beste historische Auslegungsquelle das im deutschen Volke lebende allgemeine Rechtsbewußtsein. Es tritt also nicht nur unmittelbar ein, wenn die logische Interpretation kein unbestreitbares Resultat gewährt; es muß auch schon bei der logischen Interpretation selbst als ein vorzüglich bestimmendes Moment zur Geltung kommen, wie denn überhaupt die logische und historische Interpretation als zwei von einander unabhängige und gesonderte Beschäftigungen gar nicht gedacht werden können. Die im Volke lebende Rechtsanschauung, das im Volke lebende Rechtsbewußtsein enthalten eben das eigentliche, wahre Recht des Volkes. Dieselben müssen daher nothwendig den richtigsten und zuverläßigsten Anhalt für alle Auslegung und Anwendung der Gesetze geben. Daher auch ihre ganz besondere Wichtigkeit."

Wofern man nun jenes Rechtsbewußtsein des Volkes nicht auf einem äußerlichen, von einer unorganischen Menge bestimmten, und eben deßhalb durchaus unzuverläßigen, willkührlichen und rein subjektiven, Wege zur Erkenntniß bringen will (wie dies im Sinne Temme's liegt), sondern vielmehr dasselbe als ein immanentes auffaßt, welches jedem wahrhaft wissenschaftlich gebildeten Juristen von selbst innewohnt, und welches durch den Geist seiner Zeit überhaupt, beziehungsweise durch den Geist seiner Nation insbesondere, seinem eigenen Bewußtsein eben so gut eingehaucht und eingepflanzt wird, als dem aller übrigen gebildeten Volksgenossen: so gewinnen wir hierdurch eine solide, brauchbare und gesunde Grundlage. Weshalb soll denn das Gefühl für die wahre, zeitgemäße Humanität, für das ächte, dauerhafte Wohl des ganzen Volkes, gleich wie für die materielle Gerechtigkeit, in dem heutigen deutschen Juristen, sei er Theoretiker oder Praktiker, sei er Richter oder Advokat,

weniger lebendig sein, als in den übrigen Ständen, Klassen, Kreisen oder einzelnen Genossen der deutschen Nation?! — Auf diesen, unserer Ueberzeugung nach, allein richtigen Standpunkt, wird Temme selbst an einer anderen Stelle seines Buches hingedrängt. Indem er nämlich auf S. 135 als den Grund für die Nothwendigkeit der Analogie im Strafrechte einerseits das allgemeine sittliche und rechtliche Bewußtsein und andererseits das konkrete Rechtsbewußtsein des Volkes bezeichnet, fügt er hinzu: „Das allgemeine sittliche und rechtliche Bewußtsein trägt jeder Mensch in sich. Das konkrete Rechtsbewußtsein des Volkes kann Jeder, der es finden will, leicht finden; wer im Volke lebt und steht, trägt es nothwendig gleichfalls in sich." Leben und stehen denn die Juristen nicht auch im Volke, wofern man nur unter diesem die Nation, und nicht etwa irgend eine beliebige, größere oder kleinere, unorganische oder organisirte, Abtheilung des Volkes, beziehungsweise eine willkührlich zusammengefaßte Menge von Individuen versteht?!

Auch das, was Temme in §§. 26 und 27 nebst den beigefügten Anmerkungen über die analoge Anwendung der Strafgesetze, gleich wie über die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes und des Gerichtsgebrauches innerhalb des Strafrechts-Gebietes ausführt, steht in der vollkommensten Harmonie mit den von uns adoptirten Grundsätzen [48]). Besonders treffend schildert er die souveräne Macht des Gewohnheitsrechtes,

48) Ueber die Zusammengehörigkeit der Auslegung und der Analogie, beziehungsweise über das dialektische Verhältniß beider Begriffe, spricht sich Temme in der ersten Anmerkung zu §. 26, S. 135 u. 136 in einer Weise aus, welche den von uns in der Abtheilung I. S. 119—122 gegebenen Andeutungen sehr nahe kommen.

welche in der Praxis des gemeinen deutschen Strafrechtes in vorzüglicher Anwendung hervorgetreten, auf S. 138 u. 139 mit den folgenden Worten: „Im Strafrechte kann sich nur Eine Art oder Form des Gewohnheitsrechtes geltend machen. Diese ist der Gerichtsgebrauch. Indem die ganze Ausübung des Strafrechtes nur in den gerichtlichen Organen des Staates ruht (zu denen in ihrem weiteren Sinne auch das Institut der Staatsanwaltschaft gehört), kann eben nur in den Gerichten das Strafrecht überhaupt zu einer praktischen Geltung gelangen, und alles Gewohnheitsrecht kann eben vermöge seines Begriffes sich nur durch die und in der Praxis erzeugen und bilden. Das richterliche Gewohnheitsrecht, der sogenannte Gerichtsgebrauch, ist nun aber, so wie ein durchaus nothwendiger, so auch ein vollkommen souveräner. Man kann in einem Staate die richterliche Gewalt — freilich damit auch den Staat selbst — aufheben; eine andere Gewalt über sie setzen, sie einer andern Gewalt unterordnen, kann man nicht. Wie sie die Gesetze auffaßt, wie sie sie auslegt und anwendet, das eben ist zuletzt das praktisch gewordene Recht. So ist das Gewohnheitsrecht im Strafrechte ein durch und durch souveränes und absolutes. Es wirkt hier, wie überall im Rechte positiv und negativ. Es macht Handlungen, die bisher mit Strafe nicht bedroht waren, strafbar, zu Verbrechen (durch die Analogie); es macht Handlungen, die im Gesetze mit Strafe bedroht sind, straflos (desuetudo)."

Mit einem eben so richtigen und tief dringenden Blicke bezeichnet er auf S. 136 die strafrechtliche Analogie als einen Theil des Gewohnheitrechtes, und dieses selbst als eine souveräne Nothwendigkeit, der kein positives Gesetz das Dasein verbieten, oder auch nur irgend eine Schranke gebieten könnte."

In einem um so auffälligeren Contraste zu diesen vortrefflichen Gesichts- und Ausgangspunkten stehen nun aber Temme's sonstige Ausführungen über das im Volke lebende Rechtsbewußtsein, und zwar namentlich im Lehrbuche, Anmerkung III zu §. 25, S. 130—133, sowie in der erwähnten, im Criminal-Archiv veröffentlichten, Abhandlung. Hier offenbart sich auf unzweideutige Weise die Unzulänglichkeit der ganzen Grundlage, auf welcher seine, von der Lehre der sog. historischen Schule abweichende, Anschauung beruht, und welche (trotz der von ihm im Lehrbuche S. 136 und 137 hinsichtlich eines bedeutsamen Punktes, nämlich der Zulässigkeit einer analogen Anwendung der Strafgesetze, bemerklich gemachten Differenz) in allen wesentlichen Momenten mit der Volksrechts-Theorie Beseler's übereinstimmt [49]). Auch er will nämlich, gleich Beseler, das Rechtsbewußtsein des Volkes zum obersten Richter machen, und legt hiebei, wie wir bereits angedeutet, die abstrakte Vorstellung einer unorganischen Menge von Individuen (nämlich der Nichtjuristen) zu Grunde. Auch er hat in seiner Funktion als Richter vom Rhein bis zur Memel die überraschende Erfahrung einer verbreiteten Uebereinstimmung in den Volksansichten gemacht (ähnlich der Berufung Beseler's auf seine Erfahrungen im Nachtrage zum „Volksrecht und Juristenrecht" S. 26 u. 27). Allein kann

49) Zwar erklärt er in der mehrgenannten Abhandlung S. 587 ausdrücklich, daß die obschwebenden Fragen einer sehr gründlichen und ausführlichen Erörterung bedürften, „ähnlich aber auch freilich zugleich in anderer Weise, als in Beseler's Volks- und Juristenrecht." Allein dies beeinträchtigt keinesfalls die, von uns behauptete, materielle Uebereinstimmung zwischen ihm und Beseler hinsichtlich der wesentlichen Voraussetzungen und Resultate einer derartigen Volksrechts-Theorie, wie aus der unmittelbar folgenden Darstellung entnommen werden kann.

denn —, dürfen wir doch füglich fragen, — eine solche thatsächliche Uebereinstimmung Denjenigen so sehr überraschen, welcher das deutsche Nationalbewußtsein kennt, und daher wohl weiß, daß dasselbe nicht blos innerhalb des Gebietes des preußischen Staates, sondern auch in allen deutschen Ländern und Gauen sich eine reale Geltung zu verschaffen, und eine Gemeinschaft der Ueberzeugungen im ganzen Umkreise Deutschlands hervorzubringen vermag?!

Obwohl Temme ferner hinsichtlich des Zusammenhanges des positiven Rechtes mit der Individualität des Volkes (der Nationalität) die Anschauung der historischen Schule theilt, obwohl er überdies, gleich dieser, von der richtigen Erkenntniß ausgeht, daß in den anfänglichen Zeiten der Staaten-Entwicklung alles Recht die Eigenschaft eines Volksrechtes an sich trage; so weicht er dennoch in Betreff der Auffassung des weiteren Bildungs- und Entwicklungsganges des Rechtes von der Savigny-Puchta'schen Lehre sehr wesentlich ab. Auch in und für die Zeiten einer vorgerückten Cultur will er nämlich das Volksrecht festgehalten, und jene primitive Entwicklungsstufe des Rechtes als die allein naturgemäße betrachtet wissen. Er will also in der That den vorgeschrittenen, reicher entfalteten und weiter gebildeten Volksgeist auf die Stufe einer früheren, unvollkommeneren Entwicklung zurückführen; er will das, was für das Kindheitsalter der Völker durchaus angemessen und entsprechend ist, auch für ihr reiferes Lebensalter zur herrschenden Potenz erheben, ohne zu bedenken, daß der Volksgeist gerade vermöge seines fortschreitenden Bildungsganges sich nothwendig andere, höhere Formen seiner Lebensäußerung suchen und schaffen muß. — Wenn er daher auf S. 594 den Urzustand des deutschen Rechtes für den wahren Zustand des Rechtes und der Freiheit überhaupt erklärt,

so macht er sich eines bedenklichen Irrthums schuldig, indem er solchergestalt die anfängliche, unentwickelte, abstrakte und begriffslose Wirklichkeit des Volksgeistes, beziehungsweise des Volkswillens für dessen höchste, vollendetste, konkreteste und begriffsgemäße Gestalt ausgibt und jenen rohen, bildungslosen Zustand gewissermaßen idealisirt, und zu einem verlorenen Paradiese erhebt. Gerade im Gegensatze zu einer solchen Anschauung muß man vielmehr von der Voraussetzung ausgehen, daß man in jenen alten Zeiten, wo das Recht für jeden einzelnen Fall erst gefunden wurde, den Begriff des Rechtes selbst noch nicht gefunden hatte. Damals bestanden überhaupt noch keine allgemeinen Regeln und keine Gesetze im eigentlichen und wahren Sinne, so daß also das Recht in der Form seines absoluten Gegentheiles, nämlich vermittelst der Willkühr und des mehr oder minder subjektiven Beliebens, sich verwirklichte. Dies beweist sich auch historisch darin, daß aus jenem ältesten Rechtszustande das sog. Faustrecht hervorgegangen ist, wodurch erst offenbart wurde, worin denn eigentlich die innere Natur und das wahrhafte (materielle) Wesen jenes Volksrechtes und jener altgermanischen Freiheit bestand. In der That und Wahrheit war vielmehr in jenen ältesten Zeiten des Volkslebens und jenen anfänglichen Staatszuständen überall keine (begriffsgemäße) Freiheit vorhanden, sondern nur, wenn ich so sagen darf, ihre Indifferenz, oder ihre blose abstrakte Möglichkeit. Wollte man diese alte Freiheit der Germanen auf unser heutiges Staatsleben übertragen, so würde sie sich sofort als Das offenbaren, was sie nach ihrem innersten Wesen ist, nämlich als die vollkommenste Anarchie und der härteste Despotismus, beziehungsweise als die reine Massenherrschaft oder sog. Ochlokratie.

Auch als blosen Regulator der Gesetze kann man das

Rechtsbewußtsein des Volkes im Sinne Temme's keineswegs gebrauchen, da dasselbe, wie wir bereits oben angedeutet, nicht erforscht und fixirt werden kann, da es, um mit einem anderweitig von ihm benützten Ausdrucke zu sprechen, durchaus nicht „erfindbar" (oder auch „unerfindlich") ist, und zwar nach seiner begrifflichen Natur und Beschaffenheit, nicht etwa bloß aus den subjektiven Gründen eines mangelhaften Erkenntnißvermögens. In solcher Richtung gesteht er auf S. 599 selbst zu, daß der von der Schwierigkeit der Erkenntniß des Rechtsbewußtseins im Volke hergeleitete Einwurf „leider! beinahe zur Hälfte begründet sei". Wenn er übrigens zur Begegnung dieser Schwierigkeit das Mahnwort an die heutigen Juristen richtet: „Man lebe mit dem Volke und man wird sein Rechtsbewußtsein erkennen" (S. 600); so springt die vage Allgemeinheit und völlige Unbestimmtheit eines solchen Auskunftsmittels von selbst in die Augen. Wie soll denn ein solches „Leben mit dem Volke" näher beschaffen sein? Leben denn die heutigen Juristen nicht mit dem Volke? Ueber die Unzulänglichkeit der hier zu Grunde liegenden Vorstellung hat besonders Thöl in seiner, oben citirten, gegen Beseler gerichteten, Schrift mit dem Titel: „Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften" 2c. S. 94—97 durch humoristische Bemerkungen das hellste Licht verbreitet [50]).

50) Nicht minder vage und unbrauchbare Anweisungen über die Erforschung des heutigen Rechtsbewußtseins im Volke gibt er in der Anmerkung III zu §. 25 des erwähnten Lehrbuches, wenn und insoferne er hier sagt: „Man begebe sich nur unter das Volk, man sehe sich nur um in seinem Leben, seinen Sitten, seinen Gebräuchen, in seinen Vorstellungen von Ehre uud Schmach, von Achtung nnd Verachtung, von Tugend und Laster, und endlich direkt von Recht und Unrecht, von Verbrechen und Strafe. Der Gelehrte, der Richter, der Advokat, der Gesetzgeber, sie alle werden auf eine solche unmittelbare Weise in einem halben Jahre mehr

Das Volksbewußtsein, so wie es der Anschauung Temme's und Beseler's vorschwebt, ist sehr wesentlich unterschieden von dem Nationalbewußtsein. Dieses letztere ist ein einheitliches, organisches und jedem Volksmitgliede als solchem innewohnendes, so daß es nur darauf ankommt, ob das betreffende Individuum die Fähigkeit, die Kraft, die Energie des Willens und die Bildung des Geistes besitzt, um jenes nationale Bewußtsein erfassen, und mit dem gehörigen Ausdrucke veräußerlichen zu können. Das, von Temme und Beseler so nachdrucksvoll vertretene, Volksbewußtsein dagegen ist ein stets wandelbares, verschiedengestaltiges, in zusammenhangslose Atome aufgelöstes, der reinsten Partikularität angehöriges, also der wahrhafte Proteus [51]). Sein Element ist das der disparaten Mannigfaltigkeit, der Zerstreutheit und unorganischen Vielheit und eben deßhalb läßt sich der Inhalt dieses Volksbewußtseins als solchen

---

Recht lernen, als sie durch Jahrelanges Studium von Büchern sich Jus einprägen können. Am meisten Gelegenheit in jener Weise zu lernen, haben diejenigen, von denen man in der Regel behauptet, daß ihr Lernen am wenigsten Früchte trage, die Inquirenten.“ Im Zusammenhange mit dieser unzulänglichen Grundanschauung redet er, gleich Beseler, einer Umgestaltung der deutschen Gerichtsverfassung, beziehungsweise einer besseren Organisation der Schwurgerichte, das Wort.

51) Dieses Volksbewußtsein läßt sich wohl mit der sog. öffentlichen oder gemeinen Meinung oder öffentlichen Stimme auf eine Linie stellen, von welcher Puchta, Gewohnheitsrecht Th. II. Seite 65, Note 79 so treffend bemerkt, daß es bei ihr sehr überflüssig wäre, erst untersuchen zu wollen, inwieweit sie eine irrige sein könnte, da sie dies sogar regelmäßig sei. — Zu vergl. auch die ebendaselbst S. 230—233 gegebenen vortrefflichen Ausführungen. — Auch in Hegels Philosophie des Rechtes §. 317 und Anmerkung findet sich eine sehr lehrreiche Entwicklung des wahren und falschen Elementes in der sog. öffentlichen Meinung.

schlechthin nicht fixiren. Hierauf beziehen sich auch die geistreichen Bemerkungen Osenbrüggen's (im Criminal-Archiv von 1854, S. 163 u. 164, von 1855, S. 285 u. 286) über die Verschiedenheit des Rechtsbewußtseins bei den Bauern, den Banquiers, den Kammerdienern, den schlesischen Webern ꝛc.

Wollte man Beseler und Temme folgen, so müßte man die Wissenschaft, welche doch, wofern sie nur ächter Natur ist, das wachste, bestimmteste und vollkommenste Bewußtsein in sich enthält und darstellt, ihren Stützpunkt in der Region der vagen Allgemeinheit, der abstrakten Unbestimmtheit und der vielgestaltigen Vorstellung suchen lassen! Man müßte hiernach den Tag des hellsten Bewußtseins vertauschen mit der Nacht trüber Empfindungen und gährender Meinungen; aus ihrem reich entwickelten, an der Hand und auf dem Grunde einer mehrhundertjährigen Geschichte errichteten, organischen Baue müßte hiernach die Wissenschaft heraustreten, um in dem Chaos der einander durchkreuzenden Vorstellungen, Meinungen und Einbildungen des Volkes, d. h. seiner nicht wissenschaftlich gebildeten Mitglieder, ihren rettungslosen Untergang zu finden. Freilich soll die Rechtswissenschaft, wie Temme von ihr verlangt, dem in dem allgemeinen Bewußsein des Volkes lebenden Rechte dienen, allein nur demjenigen Bewußtsein, welches die wirkliche Ueberzeugung und den aktuellen Willen der Nation in sich enthält, nicht etwa den leidenschaftlichen Forderungen, den unbegründeten Vorurtheilen, den willkührlichen Launen, den vergänglichen Interessen und den unklaren Tendenzen einer größeren oder geringeren Menge von Individuen, welche man an die Stelle des ganzen Volkes zu setzen beliebt!

Der abstrakte Standpunkt Temme's zeigt sich endlich auch darin, daß er auf S. 595 (auch in diesem Punkte mit Beseler im Wesentlichen übereinstimmend) von einem guten

Stücke deutschen Rechtes spricht, welches sich in dem Bewußtsein des Volkes fortwährend erhalten habe, ohne daß es jedoch zur praktischen Geltung kommen könnte, da ihm das Juristenrecht und das (von ihm sogenannte) Regierungsrecht entgegengetreten sei. Denn, wenn jenes Volksrecht nicht zur praktischen Geltung durchzudringen vermag, so ist eben dadurch von selbst bewiesen, daß dasselbe kein Recht bildet, und auch nicht im Rechtsbewußtsein des Volkes lebt. Ist nämlich dieses letztere ein wahrhaftes und reales, so weiß es sich immer, wenn auch zuweilen auf künstlichen Umwegen, im Leben durchzusetzen. Wie harmonirt nun aber mit dieser Betrachtungsweise Temme's seine Annahme eines souveränen Gewohnheitsrechtes und eines souveränen Gerichtsgebrauches?!

---

§. 11.

V. Achill Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, B. I. Pforzheim 1848, huldigt zunächst hinsichtlich der Auffassung der Rechtsquellen überhaupt und des Gewohnheitsrechtes insbesondere im Wesentlichen der Savigny-Puchta'schen Lehre. Daß er im §. 28, S. 75 das Gewohnheitsrecht nicht aus dem blosen Volksbewußtsein und der blosen Volksüberzeugung, sondern vielmehr aus dem Volkswillen hergeleitet wissen will (was übrigens vom Rechte überhaupt, nicht etwa blos und allein vom Gewohnheitsrechte gilt): Dies begründet keine eigentliche und wahre Abweichung von jener Lehre, da auch Savigny und Puchta das Recht auf den Volksgeist zurückführen, welcher letztere aber dann und insoferne, als er sich praktisch verhält, und in dem äußeren Leben realisirt, die Form des Willens an sich

trägt. Auf der anderen Seite dagegen gibt es keinen Willen im wahren Sinne ohne Bewußtsein, und man könnte daher wohl auch den allgemeinen Satz aufstellen, daß eine Nation Das, was sie will, stets auch weiß, und umgekehrt Das, was sie weiß, stets auch will.

Eine weitere, nicht sehr erhebliche, Abweichung von der Savigny'schen Theorie über das Gewohnheitsrecht vertritt Renaud a. a. O. S. 76—78 hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, „in deren Natur eine relative Gleichgültigkeit liegt", da er auch bei ihnen die bewußte Energie des Volkswillens, und nicht etwa die bloße Gewohnheit oder Gewöhnung an sich, als den eigentlich erzeugenden Faktor betrachtet und bezeichnet. Eine wahrhaft materielle Differenz besteht übrigens auch hier nicht zwischen beiden Auffassungen, welche nur hinsichtlich der formellen Begründung oder Colorirung desselben praktischen Resultates auseinander gehen. Allein auch nach dieser letztern Seite hin muß man, meiner Ueberzeugung nach, der Lehre Savigny's unbedenklich den Vorzug einräumen und anerkennen, daß dieselbe den Einblick in den tieferen Zusammenhang jenes geistigen Prozesses eröffnet. Denn es gibt gewisse, äußerliche Punkte und Verhältnisse, welche sich nicht rationell beherrschen und vernunftgemäß bestimmen lassen, weil es der Gedanke hiebei mit der reinen Aeußerlichkeit oder dem blos Quantitativen zu thun hat. Zu diesen Punkten gehören namentlich diejenigen, welche mit Zahlenbestimmungen, mit Zeit- und Raum-Verhältnissen, mit äußeren Formen ꝛc. zusammenhängen; dieselben besitzen auch, wie Hegel an den oben in Abtheilung I. S. 273, Note 153, S. 275, 78 und 79 angeführten Orten deduzirt, eine rein positiv-rechtliche Natur, welche durch vernunftrechtliche Prinzipien nicht geregelt werden kann. Hier ist also das

Gebiet, wo der Zufall und die Erfahrung oder Empirie herrschen, und wo wir, wie Savigny, System B. I. S. 36 so treffend bemerkt, „mit unserem früheren Denken und Wollen eine Autorität für uns selbst in jeder späteren Anwendung werden." Freilich steht wohl auch die Regulirung solcher äußerlicher Verhältnisse in einem näheren oder entfernteren Zusammenhange mit der Nationalität und dem Volksgeiste, wie ja auch hierin unter den einzelnen Völkern eine verschiedene Gestaltung, gleich wie im Fortgange der Zeiten ein Wechsel und Wandel sich bemerken läßt [52]). Allein dieser Zusammenhang tritt bei jenen Bestimmungen in einer weit loseren, minder erkennbaren und zufälligen Einflüssen eher zugänglichen Weise hervor, als auf dem übrigen Felde der positiven Rechtserzeugung.

Eine weit bedeutendere und folgenreichere Differenz zwischen dem hier vertretenen Standpunkte und dem Renaud's wird dagegen durch dessen Ansicht über das Juristenrecht begründet, welche er in §§. 32—34 näher darlegt. Wenn und insoweit er in solcher Richtung gegen die Theorien von Beseler und Maurenbrecher Widerspruch erhebt, so sind wir, wie die vorangehende Darstellung zur Genüge beweist, vollkommen mit ihm einverstanden. Wenn und insoweit er dagegen auch gegen das von Savigny und Puchta statuirte Juristen- und Wissenschaftsrecht in Opposititon tritt, so können wir seinen betreffenden Argumentationen keine innere Begründung und Haltbarkeit zugestehen. Renaud spricht nämlich

---

52) Das sogenannte „Gesetz der Continuität" menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände, dessen Herrschaft Savigny für das in Rede stehende Gebiet anerkennt, darf also nicht in dem abstrakten Sinne der Unveränderlichkeit aufgefaßt werden, da auch auf diesem Boden, gleich wie in allen menschlichen Verhältnissen, eine allmälige, freilich regelmäßig nur in größeren Zeiträumen sich vollziehende, Umgestaltung nicht ausbleibt.

den Juristen die Rechtserzeugende oder Rechtsschaffende Kraft ganz und gar ab, und will daher die Existenz eines Juristenrechtes nur insoferne anerkennen, als man unter demselben „das durch die Rechtsgelehrten in eine wissenschaftliche Form gebrachte Recht" (S. 89) versteht. Er begnügt sich demzufolge mit der ganz allgemeinen und unbestimmten Categorie eines großen Einflusses der Juristen auf die Gestaltung und Fortbildung des Rechtes, welchen sie theils durch ihre wissenschaftliche und rechtsanwendende oder praktische Thätigkeit, theils durch ihre Theilnahme an gesetzgeberischen Arbeiten ausüben. Allein von diesem unorganischen, unsichtbaren, keinem bestimmten Maßstabe unterliegenden, Einflusse der Juristen, welchen Savigny mittelst der oben S. 34 u. 35 angeführten, so herrlichen Aeußerungen in vollem Umfange anerkennt und würdiget, ist die in bestimmten, festen und conkreten Resultaten hervortretende Produktion derselben sehr wesentlich zu unterscheiden. Bei und durch diese letztere fungiren die Juristen als die Repräsentanten ihrer Nation, indem sie kraft des in ihnen lebenden und sich bethätigenden Volksgeistes den nationalen Willen offenbaren und verwirklichen, d. h. das positive Recht zu gleicher Zeit bezeugen und erzeugen. Diese Art ihrer Thätigkeit bezeichnet Savigny an der eben angeführten Stelle als eine „materielle", und sie hat er im Auge, wenn er behauptet, „daß die rechtserzeugende Thätigkeit des Volkes großentheils in den Juristenstand sich zurückziehe, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt werde." — Den Grundsatz z. B., daß nach dem gemeinen deutschen (das römische Recht modifizirenden) Rechte jeder formlose Vertrag an sich die Klagbarkeit besitze, darf man sich nicht etwa mit Renaud dadurch entstanden denken, daß die Volksgenossen

in allen deutschen Ländern ihre Verträge in solcher Formlosigkeit abgeschlossen, dabei das Bewußtsein ihrer vollen Wirksamkeit und Klagbarkeit in sich getragen, und dieß so lange fortgesetzt hätten, bis endlich auch die gelehrten Juristen in der Theorie und Praxis sich dazu herbeigelassen, jene Uebung anzuerkennen und ihr die Kraft eines Gewohnheitsrechtes zuzugestehen. Sondern man muß vielmehr von der Vorstellung ausgehen, daß die theoretischen und praktischen Juristen in Deutschland den fraglichen Grundsatz aus ihrem eigenen nationalen Bewußtsein und ihrer eigenen nationalen Anschauung geschöpft, und daß sie mit dieser auch alle übrigen Volksmitglieder hinsichtlich der Behandlung ihrer Lebens- und Verkehrsverhältnisse in unmittelbarer Uebereinstimmung erblickt haben. Wie sollte auch auf dem entgegengesetzten Wege in dem Gebiete des Criminalrechtes, in welchem bekanntlich der Gerichtsgebrauch oder die sog. Praxis, namentlich seit dem 17ten Jahrhundert, in den größten Dimensionen schöpferisch gewirkt hat, ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht sich haben bilden können? Hiebei kann ja von einem unmittelbaren Einflusse der Volksgenossen auf die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung seit jener Zeit wohl kaum mehr, oder doch jedenfalls nur in einem weit geringeren Maße, als bei dem Privatrechte, die Rede sein. Ganz insbesondere stehen ja dort diejenigen Personen, auf welche die Rechtsnormen angewendet werden, d. h. die Verbrecher, in einem ganz anderen Verhältnisse zu denselben, als diejenigen, bei welchen dies hier der Fall ist, d. h. die Subjekte der Rechtsgeschäfte oder die Parthien! Ueber diese Verschiedenheit der Rechtserzeugung innerhalb des Privat- und Criminalrechtes, gleich wie über die vorzügliche, ja sogar ausschließliche Bedeutung des Gerichtsgebrauches inner-

halb des letzteren, hat Puchta, Gewohnheitsrecht Th. II. S. 254—262, das hellste Licht verbreitet.

Was endlich Renaud's Auffassung des Gerichtsgebrauches betrifft, so will er demselben blos eine thatsächliche, keine juristische, also blos eine moralische, keine formelle Autorität zuerkennen. Er bekennt sich also, gleich so vielen Juristen unserer Tage, nur zu einem Theile der Wahrheit, indem er derjenigen Art des Gerichtsgebrauches oder der Praxis die Anerkennung versagt, welche an und durch sich ein Gewohnheitsrecht begründet, und von welcher namentlich die deutsche Strafrechtsgeschichte so zahlreiche und inkontestable Beispiele aufweist. — Wenn er übrigens auf Seite 87 als ein, möglicher Weise auch von praktischen Folgen begleitetes, Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Gerichtsgebrauche und dem theoretischen Theile des Juristenrechtes oder der communis opinio Doctorum den Umstand bezeichnet, daß der erstere von den Juristen in ihrer Eigenschaft als öffentlichen Behörden erzeugt werde: so erweist sich eine derartige Betrachtungsweise bei näherer Prüfung als unhaltbar. Denn diesen Behörden ist blos die Rechtsanwendung, keineswegs die Rechtserzeugung anvertraut, und sie unterscheiden sich also in solcher Richtung überall nicht von den theoretischen Juristen, welche das positive Rechtsmaterial für den Zweck seiner Anwendung im Leben verarbeiten. Auch die Richter-Collegien unserer Zeit bilden keinen gesetzgebenden Senat, eben so wenig, als das Volk bei der Erzeugung des Gewohnheitsrechtes in der Gestalt der Comitien auftritt. Jene richterlichen Behörden bilden vielmehr, gerade so, wie die theoretischen Juristen, blos die natürlichen, keineswegs aber die verfassungsmäßig oder politisch constituirten, Repräsentanten des Volkes, als welche ja

in unseren heutigen constitutionellen Staaten einzig und allein die Ständekammern zu betrachten sind. Freilich bedarf die Theorie stets des Durchganges durch die Praxis, um zum wirklichen Rechte zu werden, und sie wirkt also stets blos mittelbar auf das Leben. Allein auf der anderen Seite beruht auch die Praxis, wenigstens in den neueren Zeiten, durchaus auf theoretischer oder wissenschaftlicher Grundlage. Die Theorie und die Praxis des Rechtes bilden demgemäß keine absoluten Gegensätze, sondern jede derselben enthält vielmehr zu gleicher Zeit auch die andere in sich. Die (dogmatische) Rechts-Theorie hat keine andere Tendenz, als praktisch zu werden, und umgekehrt verfolgt die Rechts-Praxis keinen anderen Zweck, als den einzelnen Fall unter das, theoretisch erkannte, objektive Recht zu subsumiren, also ihn mit der Theorie zu erfüllen [53]). Die Unterwerfung des einzelnen Falles unter das objektive Recht oder das Gesetz im weitesten Sinne ist also ganz identisch mit der Anwendung des letzteren auf den ersteren. Geht man vom Allgemeinen, d. h. von der Rechtstheorie, aus, so besteht das Geschäft des Richters

53) Ganz vortreffliche Ausführungen über diese Einheit der Theorie und Praxis des Rechtes geben besonders: Savigny in der Vorrede zum ersten Bande seines Systems des heutigen Römischen Rechts S. XIX bis XXV, Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, B. I. Einleitung S. XXIV u. XXIX, §. 4, S. 18 u. 34. An der zuletzt citirten Stelle thut Kierulff den treffenden Ausspruch: „Die vollkommene Theorie ist eins mit der Praxis, indem sie conkret begreift, was diese conkret wirklich macht.“ — Der von Kierulff Einleitung S. XXXI u. XXXII, §. 2, S. 13 in der Note, rc. aufgestellten, und durch sein ganzes Werk durchgeführten (abstrakten), Unterscheidung zwischen der Theorie einerseits und der Wissenschaft andrerseits wollen wir aber hiermit nicht entfernt das Wort geredet haben. Uebrigens ist hier auch nicht der Ort, um unsere Bedenken gegen eine solche eigenthümliche Unterscheidung zu motiviren.

darin, daß er dieselbe konkret macht, und mit lebendigem, besonderem Stoffe erfüllt. Geht man dagegen von dem Einzelnen, d. h. von der Rechtspraxis, aus, so besteht seine Funktion darin, den einzelnen Fall zu verallgemeinern, indem er ihn der objektiven, theoretisch erkannten, Regel unterordnet. Die Rechtspraxis erscheint daher als die konkrete Verwirklichung der Rechtstheorie.

VI. Ferdinand Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bonn 1855, entwickelt in §§. 13—15, 22—24, u. 31—35 neben manchen, mit der Savigny-Puchta'schen Theorie übereinstimmenden, Resultaten einige Grundsätze, welche eine sehr wesentliche Abweichung von derselben involviren. In allen diesen Differenz-Punkten verdient übrigens, unserer Ueberzeugung nach, die Lehre Walter's keine Billigung, was die folgende Erörterung näher darthun soll!

Für den letzten und höchsten Grund, oder „den tieferen Quell" des positiven Rechtes überhaupt, erklärt Walter in §. 22 „das dem Menschen von seinem Schöpfer eingepflanzte, unvertilgbare Rechtsgefühl." Ueber dieses Gefühl äußert er sich auf S. 23 folgender Maßen näher: „Es ist also der Ausdruck eines höheren Willens, der sich in dem Gefühle und Gewissen jedes Einzelnen als eine Macht ankündigt. Unter dem bewußten oder unbewußten Einflusse dieser Macht entstehen bei jedem Volke aus der Gleichheit der Bildung, Gefühlsweise und Interessen über Das, was in den Verhältnissen für gerecht gehalten wird, übereinstimmende Ansichten, welche aus Bedürfniß zur verpflichtenden Autorität erhoben, und von der Obrigkeit zur Richtschnur ihrer Entscheidungen genommen werden. So entsteht das positive Recht."

Als die Erscheinungsformen des positiven Rechtes, beziehungsweise als die höchsten positiven Rechtsquellen bezeichnet er, gleich Savigny und Puchta: das Gewohnheitsrecht, die Aussprüche der Juristen und die Gesetze. In Betreff derselben macht er auch die gute, von jenen Coryphäen ebenfalls anerkannte, Bemerkung, daß sie alle drei nur der Ausdruck eines und desselben Grundgedankens seien, gleich wie eben deshalb im genauesten Zusammenhange ständen, und sich gegenseitig ergänzten.

Was nun aber das Gewohnheitsrecht insbesondere betrifft, so stellt er als Gründe für dessen verpflichtende Kraft im §. 24, S. 25 und 26 eigentlich vier auf. Er erkennt nämlich als einen solchen Gültigkeits- oder Autoritäts-Grund an:

1) einen sittlichen, indem er sagt: „Der letzte Grund der verbindlichen Kraft des Gewohnheitsrechtes ist ein sittlicher, die Autorität des unzweifelhaft als gerecht Anerkannten für den sittlichen Menschen." — Hier ist also offenbar von dessen Verpflichtungskraft für den einzelnen Menschen als solchen die Rede, und es fällt daher dieser Grund mit dem von ihm für das positive Recht überhaupt aufgestellten, also mit dem, jedem Menschen von seinem Schöpfer eingepflanzten, Rechtsgefühle völlig zusammen. Für das Gewohnheitsrecht würde also hierdurch kein neuer, spezifischer Grund gewonnen sein. Uebrigens führt schon die Fassung jenes, eben erwähnten, Ausspruches eine Tautologie, oder einen circulus in definiendo mit sich. Denn „das unzweifelhaft als gerecht Anerkannte ist eben an und für sich nichts Anderes, als Das, was man das „Recht" zu nennen pflegt, und was als eine zwingende Nothwendigkeit, oder als eine Regel des Verhaltens für jeden Einzelnen sich von selbst darstellt.

Wenn übrigens Walter bei dieser Gelegenheit Puchta den Vorwurf macht, daß derselbe die sittliche Grundlage des Gewohnheitsrechtes nicht erkannt habe; so beruht diese Behauptung einerseits auf einer unvollständigen Bekanntschaft mit den einschlägigen Ausführungen des Letzteren, wie die Vergleichung seiner Aussprache z. B. im „Gewohnheitsrecht", Th. I. S. 139, 181 (wo von einer gemeinsamen Ueberzeugung über moralische und rechtliche Freiheit die Rede ist) und 221, Th. II. S. 54 u. 55; im „Cursus der Institutionen", B. I. §. 4 u. §. 7; in den „Pandekten" §. 20, ꝛc. beweist. Auf der anderen Seite kann man die sittliche Grundlage des Rechtes (nicht etwa blos des Gewohnheitsrechtes, auf welches Walter seine kritische Bemerkung beschränkt) keineswegs als ein selbstständiges Fundament und als einen ausreichenden Schlüssel für die Lösung des ganzen Problemes betrachten. Denn hierdurch wäre blos die verbindliche Kraft des Rechtes überhaupt und an sich, oder m. a. W. die allgemeine Nothwendigkeit des Rechtes überhaupt erklärt, keineswegs aber die Verpflichtungskraft eines bestimmten, positiven Rechtes, welches nur für den jeweiligen Staat und das jeweilige Volk, nicht für andere Staaten und Völker, die zwingende Autorität besitzt. Für dieses positive Recht, welches nur innerhalb bestimmter Raumgrenzen und nur für gewisse, einer besonderen Nationalität angehörige, Individuen gilt, wird man doch wohl in letzter Instanz keinen anderen Grund auffinden können, als den eigenthümlichen Volksgeist, beziehungsweise Volks- und Staats-Willen.

2) „Das Bedürfniß einer gewissen Stetigkeit in den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens."

Dieser Grund, welchen Walter selbst als einen mehr äußerlichen bezeichnet, bedarf wohl kaum einer ernsten

Widerlegung. Auch er bezieht sich wieder auf das Recht überhaupt, also eben so gut auf die Gesetze, als auf das Gewohnheitsrecht. Wenn übrigens das Recht an sich eine Verletzung der Freiheit zur Folge hätte, so würde ihm jene äußerliche Rücksicht auf die Stetigkeit der Lebensverhältnisse nimmermehr die Existenz zu sichern vermögen. Ueberdies kann von einem „bürgerlichen" Leben erst und nur dann gesprochen werden, wenn man das Recht bereits als ein positiv existirendes und in die geschichtliche Wirklichkeit getretenes voraussetzt.

3) „Einen bewußten Rechtssatz, welcher keine willkührliche Festsetzung, sondern selbst die Aeußerung einer im Leben des Volkes durchgebildeten Einsicht und Ueberzeugung ist." Dieser soll den nächsten formellen Grund für die Gültigkeit der einzelnen Gewohnheitsrechte bilden. Wenn das Gewohnheitsrecht überhaupt Gültigkeit hat und nothwendig haben muß, so bedarf man für die Geltung der einzelnen Gewohnheitsrechte nicht erst noch eines weiteren Grundes, wie im Allgemeinen die Häufung von vielen Gründen nicht selten schon an sich einen Beleg dafür liefert, daß man den einzig wahren und entscheidenden Grund übersehen. — Gegenüber dieser Argumentation läßt sich ferner mit allem Fuge die Frage erheben: Ist ein Rechtssatz, welcher „die Aeußerung einer im Leben des Volkes durchgebildeten Einsicht und Ueberzeugung" ist, irgend etwas Anderes, als ein bestehendes Gewohnheitsrecht? Bewegt sich daher Walter bei der Statuirung eines solchen gewohnheitsrechtlichen Satzes, als des formellen Grundes für die Gültigkeit einzelner Gewohnheitsrechte, nicht in in einem offensichtlichen Cirkel?! Es ist demzufolge schwer zu begreifen, wie er unmittelbar an die erwähnten Aeußerungen die Be-

hauptung anknüpfen konnte, daß die, von Savigny und anderen Schriftstellern unternommene, Herleitung des Gewohnheitsrechtes aus dem Volkswillen oder Gesammtwillen eine unrichtige und unbegründete Fiktion, oder eine „unbestimmte und unwahre Vorstellung" sei. Hat er nicht selbst gerade zuvor einen Rechtssatz aus der Volksüberzeugung hergeleitet, wenn er auch denselben zum Ueberflusse durch bestimmte Gesetzes-Aussprüche, (welche er übrigens blos in der Note erwähnt) unterstützt? Auch Savigny und Puchta sprechen übrigens hiebei keineswegs von einer Ueberzeugung und einem Willen des Volkes außerhalb des Staates, wodurch sie die von der Theorie früherer Jahrhunderte geschaffenene Fiktion eines sog. Naturzustandes in einer neuen Gestalt wieder zu Ehren bringen würden, sondern vielmehr desjenigen Volkes, welches das natürliche Element und die natürliche Grundlage des Staates bildet. Sie haben also keineswegs die unorganisirte Masse des Volkes im Auge, wie Walter meint; denn dieser schreiben auch sie kein einheitliches Bewußtsein und keinen einheitlichen Willen zu. Auf der anderen Seite dagegen gehen sie von der richtigen Voraussetzung aus, daß die Naturkraft und der natürlich wirkende Geist des Volkes durch seine staatliche Organisation keineswegs gänzlich absorbirt und vernichtet werden, da entgegengesetzten Falles der Staat zu einem seelenlosen Körper herabsinken würde. Sie statuiren also zwischen dem Staate und dem Volke ein analoges Verhältniß, wie zwischen dem Leibe eines menschlichen Individuums und seiner Seele [54]).

---

54) Sehr gute und lehrreiche Erörterungen über das Verhältniß zwischen Volk und Staat, gleich wie über den Einfluß Beider auf die Rechtserzeugung, finden sich namentlich bei Puchta, Gewohnheitsrecht, Th. I. S. 134—138, 141—143, 151 u. 152, 181 u. 182; Th. II.

Wenn daher Walter a. a. O. behauptet, daß das Volk es zu keinem bewußten Willen bringe, so sagt er —, falls man den vieldeutigen Ausdruck „Volk“ in dem Sinne nimmt, welchen jene, von ihm angegriffenen, Schriftsteller mit ihm verbinden, — eben damit lediglich nichts Anderes, als daß es keine, mit der Nationalüberzeugung und dem Nationalwillen übereinstimmenden, Gesetze gebe.

4) „Die unbewußt und unvermerkt im Volke wirkende Macht der Rechtsidee und des Beispieles.“ Was soll nun mit einer solchen, gänzlich unbestimmten, Categorie gesagt sein? Wer gibt das Beispiel, und wem wird es gegeben? Die Einzelnen haben ja, wie er unmittelbar vorher behauptet, nicht zu wollen, sondern blos sich zu unterwerfen und zu gehorchen! Einen solchen Ausspruch wiederholt er auch, gegen Savigny und Andere polemisirend, in §. 35, Note 1 mit Rücksicht auf die Gesetzgebung, indem er bemerkt: „Das Gesetz ist der Wille derer, die zur Gesetzgebung mit der höchsten Gewalt bekleidet sind; die Uebrigen haben nicht zu wollen, sondern zu gehorchen [55].“ Allein diesen, dem Gesetze zu lei-

---

S. 13 u. 14, S. 43—46 ꝛc. — Auch Savigny, System, B. I. §§. 9 u. 10 beleuchtet jenes Verhältniß in einer conzentrirten, überaus treffenden Darstellung, wobei er auch einiger abweichender Standpunkte gedenkt, und sie mit schlagenden Argumenten widerlegt. — Leider haben gerade diese, so sehr beachtenswerthen, Ausführungen der beiden Coryphäen der sog. historischen Rechtsschule keineswegs die verdiente Würdigung und Verwendung gefunden!

55) Auch hier unterschiebt Walter, gleich wie in der Note 3 zu §. 18 und an manchen anderen Stellen, der Savigny-Puchta'schen Theorie einen ungenügenden (trivialen) Begriff des Volkes, worauf wir bereits in Abtheilung I. Note 184 hingewiesen haben. Wie konnte er zu einer solchen Supposition trotz der umfassenden Aussprache Puchta's im „Gewohnheitsrecht“, Th. I. S. 148—160, gelangen? Anstatt vieler Aeußerungen möge hier nur das folgende (witzige) Wort Puchta's

stenden, Gehorsam der „Uebrigen" (wozu in constitutionellen Staaten doch wohl auch ein großer Theil der Gesetzgeber selbst gehört) hat weder Savigny, noch Maurenbrecher, noch irgend ein anderer Jurist in Abrede gezogen, und es ist durch denselben nichts Anderes bezeichnet, als Das, was man die äußere oder formelle Autorität des Gesetzes zu nennen, und was man mit dem Grundsatze auszudrücken pflegt, daß der Richter unter, nicht über dem Gesetze stehe (oder auch: daß er de lege lata, nicht de lege ferenda zu sprechen habe). Allein deßhalb wird man doch wohl die vernünftige Forderung, oder das höhere und sittliche Postulat, (auf welches sittliche Moment Walter sonst ja einen sehr entschiedenen Nachdruck legt) für die Gesetzgebung aufstellen dürfen, daß sie möglichst danach streben solle, den Bedürfnissen, den Anschauungen und dem Rechtssinne des Volkes Genüge zu thun, daß sie also die Rechtsüberzeugung und den Rechtswillen der Nation durch den entsprechenden Ausdruck offenbaren, und das naturgemäße, lebendige Fortschreiten des Rechtes in derselben thunlichst befördern solle! Wofern die Gesetze dieser höheren Anforderung nicht genügen, so wird das Volk dazu getrieben, im Wege des derogatorischen Gewohnheitsrechtes, beziehungsweise des derogatorischen Gerichtsgebrauches, Das zu realisiren, was seine geänderten Ueber-

---

S. 152 angezogen werden: „Die Verfassung kann diesem natürlichen Ganzen, (nämlich dem Volke) seinen Einfluß auf die Rechtsbildung absprechen (wie weit dies durchgesetzt werden könne, soll hier nicht erwogen werden, entscheidet sich auch leicht von selbst), aber sie kann keine natürliche Rechtsbildung anordnen, keine Sitte machen, weil überhaupt etwas, was sich von selbst macht, nicht gemacht werden kann. Sagt also Jemand, das Gewohnheitsrecht werde durch die Unterthanen, durch die Stadtgemeinde rc. hervorgebracht, so ist dies ungefähr so, als behauptete man, die Kinder seien darum Kinder und natürliche Verwandte ihrer Eltern, weil zwischen diesen das Connubium existire."

zeugungen, Bedürfnisse und Tendenzen mit gebieterischer Nothwendigkeit verlangen.

Die Ausführungen Walter's über das Juristenrecht in §§. 32—34 erscheinen bei genauerer Betrachtung gleichfalls als unbefriedigend. In ihrem schließlichen Resultate erkennen sie nur eine sog. moralische Autorität des wissenschaftlichen Rechtes, oder der Doktrin und Praxis an [56]). Gleich Kierulff und Renaud, erfaßt und würdigt daher auch er nicht die wahrhafte Bedeutung des von den Juristen vermöge ihrer theoretischen und praktischen Thätigkeit erzeugten Gewohnheitsrechtes, wobei dieselben als die Repräsentanten ihrer Nation fungiren. Mit dieser seiner unvollkommenen Auffassung des wissenschaftlichen (oder mittelbaren) Gewohnheitsrechtes stehen übrigens seine eigenen Aufstellungen im §. 31 über die Erkenntniß- und Beweismittel des letzteren überhaupt fast in einem direkten Widerspruche, und zwar namentlich die folgenden Sätze auf S. 29: „Bei der fortgeschrittenen Entwicklung der Gesellschaft, wo sich das Recht in die Bücher oder in engere Kreise zieht, werden die Erkenntnißquellen des Gewohnheitsrechtes künstlicher. Es dienen nun dazu juristische Schriften, worin die Rechtsgewohnheiten mit

---

56) Der Praxis oder den übereinstimmenden Entscheidungen der Gerichte, will er übrigens, gleich Renaud, eine noch stärkere Autorität beigelegt wissen, als der Doktrin, „weil bei ihr noch eine öffentliche Autorität hinzukomme, kraft welcher sie auch ihre Ansicht zu verwirklichen die Macht habe." Uebrigens erklärt er auch diese stärkere Autorität der Präjudizien keineswegs für eine unbedingt bindende, da und insoferne nach seiner Auffassung die Erlangung einer besseren Ueberzeugung zu dem Abgehen von denselben und zur Aenderung der Praxis, und zwar sogar nach Umständen das Untergericht gegenüber dem Obergerichte, berechtigt. Die von ihm zwischen dem Rechte der Doktrin und dem der Praxis statuirte Verschiedenheit erscheint demgemäß blos als eine (schwer bestimmbare) quantitative, keineswegs als eine qualitative.

den anderen Rechtsquellen verarbeitet sind, und gerichtliche Urtheile, worin darauf als Entscheidungsnormen Bezug genommen wird. Es steht dann also die Wissenschaft zwischen dem Gewohnheitsrechte und der davon zu machenden Anwendung in der Mitte, und jenes erhält nun seine Beglaubigung und Vertretung durch das Juristenrecht. Dieses zeigt sich namentlich bei den Sätzen, die man zu den allgemeinen deutschen Gewohnheiten rechnet. Denn da den örtlichen Beweis ihrer Allgemeinheit zu führen nicht möglich ist, so wird diese durch die Schriften der Juristen und daraus durch die Urtheilssprüche der Gerichte bezeugt. Auch die deutschen Rechtssprüchwörter sind dahin zu rechnen, da sie ihr Verständniß und ihre rechte Auslegung erst durch die Rechtswissenschaft erhalten müssen."

In Betreff eines solchen, in die Bücher und in das Juristenrecht aufgenommenen, Gewohnheitsrechtes erklärt er auch auf S. 30, daß der Richter kraft seines Amtes und seiner wissenschaftlichen Bildung dasselbe von selbst kennen müßte.

Was er übrigens im §. 10 über „ursprüngliche" und „verarbeitete" Quellen ausführt, indem er zu den ersteren die Geschichte und die Natur der Sache, zu den letzteren die Schriften der Juristen und die Entscheidungen der Gerichtshöfe rechnet, gleich wie was er ferner im §. 13 über die „Natur der Sache" insbesondere bemerkt: Dies fällt nach seinem materiellen Ergebnisse und nach seiner praktischen Bedeutung mit Dem zusammen, was man gewöhnlich als die Rechts- und Gesetzes-Analogie zu bezeichnen pflegt.

Sowohl bei der Doktrin, als auch bei der Praxis erkennt freilich Walter in §. 33, Note 2 und §. 34, Note 3 sogar die Möglichkeit einer, durch ihre Mitwirkung herbeigeführten, neuen Rechtserzeugung an, indem er als Beispiele

hiefür die Theorie des Wechsels, die Emanzipation durch separate Oekonomie, und das Alter von 70 Jahren als Termin für die Verschollenheit aufführt. Nach allem Diesem besteht also sein wahrer Hauptirrthum nur darin, daß er die beiden, für die theoretische Erkenntniß und für die praktische Anwendung wohl von einander zu trennenden, Arten des Juristenrechtes in eine unterschiedslose Masse zusammenwirft [57]). Er zieht daher weder selbst eine Grenzlinie zwischen diesen beiden, wesentlich verschiedenen, Formen der Rechtsbildung, noch stellt er ein Criterium auf, woran der Richter einerseits die bloß moralische und andrerseits die eigentlich juristische oder formelle Autorität der Wissenschaft und des Gerichtsgebrauches zu erkennen, und an dessen Hand er jene Unterscheidung der beiden Gattungen des Juristenrechtes zu vollziehen vermöchte.

---

57) Die Thätigkeit der Doktrin scheidet er je nach dem Grade ihrer Entwicklung in eine fünffache. Als eine Art oder einen Zweig derselben bezeichnet er auch diejenige Operation, wodurch sie des im Leben vorkommenden, zu Rechtsverhältnissen geeigneten, Stoffes sich bemächtige, um ihm einen juristischen Begriff und Ausdruck zu verleihen, und insoferne selbst neues Recht erzeugen helfe. „Die Autorität dieser Doktrin überhaupt —, fügt er hinzu, — beruht auf zwei Gründen: einmal auf dem Ansehen, welches die Aussprüche der Männer vom Fache von selbst auf den Ungebildeten ausüben, dann auf der Macht, womit wissenschaftliche Gründe und die logische, juristische Kunst auf die Ueberzeugung wirken."

Walter stützt also die Autorität des gesammten doktrinellen Rechtes auf bloß moralische Gründe, und wir können daher, insoweit er auch für das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht eine solche Grundlage aufstellt, eine Bemerkung Puchta's gegen ihn kehren, welcher nämlich über das letztere a. a. O. Th. II. S. 17 sagt: „Die Praxis über solche Punkte muß mithin eine andere Grundlage, als die Wissenschaft selbst haben. Diese Grundlage werden wir, da von einer gesetzgebenden Gewalt der Juristen nicht die Rede sein kann, und auch Niemand an eine autonomische Befugniß derselben denken wird, in der Volksüberzeugung suchen müssen."

§. 12.

VII. Rudolf Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1852—1858, von welchem, bis jetzt unvollendeten, Werke der erste Theil und zwei Abtheilungen des zweiten Theiles erschienen sind, berührt an manchen Stellen auch die hier in Frage stehenden Probleme. Daß übrigens unsere gegenwärtige Schrift nicht der Ort ist, wo auf den Inhalt und die Bedeutung dieses so sehr interessanten, lehrreichen und geistvollen, freilich auch auf einen nichtjuristischen Leserkreis (für „gebildete Laien") berechneten, Buches näher eingegangen werden kann, haben wir bereits früher angedeutet. Wir wollen vielmehr hier nur über das Verhältniß Rechenschaft geben, in welchem die in diesem Werke hervortretende Auffassung jener Grundfragen des positiven Rechtes und seiner Wissenschaft zu unserer eigenen steht, und auch nach solcher Richtung hin müssen wir uns auf die wesentlichsten Momente beschränken.

Im Allgemeinen stimmt Ihering mit der Lehre der historischen Schule über die Entstehung, Entwicklung und Fortbildung des Rechtes, beziehungsweise über die Rechtsquellen, vollkommen überein, und es bewegen sich seine Deduktionen auf dem Boden ihrer Anschauung des Völker- und Staaten-Lebens, wie namentlich die Vergleichung seiner betreffenden Aeußerungen in B. I. S. 34, 36 u. 37, 63 (wo er das Recht treffend als den Charakter eines Volksindividuums" bezeichnet), 65; B. II. Abth. I. S. 26 u. 27, 70, Note 60, 2c. beweist [58]).

58) Sehr treffend schildert er namentlich in B. I. S. 34 den Zusammenhang des Rechtes mit der Volksindividualität, indem er an das Gleichniß des menschlichen physischen Organismus sich anlehnt, und die

Ueber die Natur und Bedeutung des Gewohnheitsrechtes insbesondere spricht er sich in Th. II. Abth. 1, S. 24—35 in einer näheren Weise aus, und hier tritt er jener Lehre nur mit gewissen Vorbehalten bei, indem er sie nach einigen Seiten hin modifizirt und verbessert wissen will. Er macht nämlich der Savigny-Puchta'schen Theorie im Wesentlichen die zwei Vorwürfe, daß sie einerseits das moralische oder sittliche und das juristische Element in der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung, also die Sitte und das Recht, nicht gehörig von einander ab- und unterscheide; und daß sie andererseits die Bedeutung des ungemeinen Fortschrittes verkenne, welchen das Recht durch seine Erhebung zu der Form des Gesetzes mache, und daher in ungehöriger Weise das Gewohnheits- und Gesetzesrecht auf eine Stufe stelle. Ueberhaupt sei das Gewohnheitsrecht, wie er behauptet, als das, mit Vorliebe und Einseitigkeit behandelte, Schoßkind der neueren Jurisprudenz zu betrachten, wobei er freilich dieser das Recht zu einer solchen Einseitigkeit zugesteht, weil dieselbe mit der durchaus irrigen und verkehrten Theorie des vorigen Jahrhunderts den Kampf zu bestehen gehabt (S. 26).

Allein so geistreich und bestechend diese kritischen Bemerkungen Jhering's auch sein, und so großen Schein der Wahrheit sie auch für sich haben mögen: so darf ihnen dennoch, meiner Ueberzeugung nach, die innere, reelle Begründung

---

gelungene Durchführung dieser Parallele mit den Worten beschließt: „In jeder Ader fühlen wir bald schwächer, bald stärker den Pulsschlag allgemeiner nationaler Ideen und Anschauungen, langsam und kaum merklich führen sie den festen Theilen den Nahrungsstoff zu, und bewirken, indem sie selbst dem Wechsel der Zeit ausgesetzt sind, auch eine entsprechende Veränderung im ganzen Organismus. So ist denn der Geist des Volkes und der Geist der Zeit auch der Geist des Rechtes."

nicht zuerkannt werden. Auf alle Fälle verdient diejenige gereinigte und vollendete Gestalt, in welcher jene Lehre in den neuesten Werken Savigny's und Puchta's auftritt, — also namentlich in dem „Systeme des heutigen Römischen Rechts" und in dem „Cursus der Institutionen", — die ihr von Jhering gemachten Vorwürfe auch nicht im geringsten Maße. Um sich von der Richtigkeit dieser unserer Behauptung zu überzeugen, dürfte es wohl genügen, anstatt vieler Aeußerungen nur die folgenden aus den genannten beiden Werken zu vergleichen, wodurch deren Verfasser ihre Auffassung des Verhältnisses der drei Rechtsquellen zu einander, gleich wie der Bedeutung, der Funktion und des Berufes der Gesetzgebung insbesondere, näher darlegen, und theilweise den Vorwurf einer einseitigen Bevorzugung der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung und einer Unterschätzung des Einflusses oder Werthes des gesetzlichen Rechtes selbst zurückweisen, nämlich: „Cursus" B. I. §. 14, S. 32 u. 33, §. 19, S. 47; „System", B. I. §. 13, S. 40—43, §. 15, S. 50 u. 51, S. 56 u. 57. Besonders schön sind die betreffenden Worte Savigny's a. a. O. S. 51: „Ein gesunder Zustand des Rechtes ist nur da vorhanden, wo diese rechtsbildenden Kräfte (nämlich die Gesetzgebung, die Volksgewohnheit und die Wissenschaft) harmonisch zusammen wirken, also keine derselben von den anderen sich isolirt. Und da die Gesetzgebung und die Wissenschaft fortwährend von einzelnen Menschen mit Absicht und Bewußtsein hervorgebracht werden, so ist es auch von Wichtigtigkeit, daß über die Entstehung des positiven Rechtes, und über das wahre Verhältniß der dabei wirksamen Kräfte, richtige Vorstellungen die Herrschaft erlangen und behaupten." Uebrigens haben Savigny und Puchta auch schon in ihren früheren Schriften ähnliche, jeder Einseitigkeit entgegen-

tretende, Aeußerungen abgegeben, z. B. Ersterer im: „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", erste Beilage S. 173 (auch in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. 3, S. 20); Letzterer im „Gewohnheitsrecht, Th. I. S. 213—215, worin er den, schon früher hier und da aufgetauchten, namentlich auch von Gans erhobenen, Vorwurf einer einseitigen Vorliebe für das Gewohnheitsrecht von Seiten der historischen Schule geradezu berührt, und dessen Mangel an Begründung nachzuweisen sucht.

Freilich ist Jhering die Behauptung in ihrem ganzen Umfange zuzugestehen, daß das Recht in und durch die Form des Gesetzes einen ungemeinen Fortschritt mache, und daß die letztere eine höhere Stufe darstelle und begründe, als das Gewohnheitsrecht, da sie die aus dem selbstbewußten Geiste hervorgehende und ihm entsprechende Form bildet. Allein dieses Selbstbewußtsein des Volksgeistes hat auch noch eine andere Form, welche als das Hauptorgan des Gewohnheitsrechtes in der Zeit der vorgeschrittenen Cultur eines Volkes, und demgemäß auch als das wohl ausschließliche Organ des heutigen gemeinen deutschen Gewohnheitsrechtes, erscheint, — nämlich die Wissenschaft. Diese Eigenschaft und Funktion der Rechtswissenschaft haben nun Savigny und Puchta allenthalben nach ihrer wahren Bedeutung erkannt und gewürdiget. Ueberdieß bezeichnet Puchta an verschiedenen Orten das Gewohnheitsrecht als das blos unmittelbare Organ oder als die blos unmittelbare Erscheinungsform des Volkswillens, während er dagegen das gesetzliche und das wissenschaftliche Recht für die mittelbaren Organe oder Formen dieses letzteren erklärt.

In unserer heutigen Zeit kommt es nun aber vorzugsweise darauf an, den entschiedensten Nachdruck auf die gewohn-

heitsmäßige (in der Sitte und Wissenschaft sich vollziehende) Fortbildung des Rechtes zu legen, und vor den Gefahren zu warnen, welche mit den exklusiven und ausschreitenden Tendenzen der modernen Gesetzbücher sich verknüpfen. Dies tritt namentlich in einer eklatanten Anwendung bei unseren partikularen Strafgesetzbüchern der neueren und neuesten Zeit hervor, welche sich auf eine mehr oder minder direkte und bewußte Weise zu dem Gewohnheitsrechte in ein oppositionelles Verhältniß gesetzt haben. Dieser exzedirenden und übergreifenden Richtung unserer neueren Legislation gegenüber war es, und ist es fortwährend, ein unverkennbares Bedürfniß auf die Bethätigung des „unsichtbar arbeitenden Volksgeistes" die Aufmerksamkeit nachdrücklichst hinzulenken. In der vorzüglichen Betonung dieser, größtentheils verkannten und mißachteten, Seite des Rechtslebens liegt also keine Einseitigkeit. Denn wie Puchta im Cursus der Institutionen, B. I. S. 100, so treffend sagt, „nicht die Hervorhebung einer Seite des Ganzen ist ein einseitiges Verfahren; nur Der ist einseitig zu nennen, welcher eine Seite als das Ganze behandelt."

Was nun ferner den zweiten, von Ihering gemachten, Vorwurf der nicht genügenden Scheidung des sittlichen und rechtlichen Standpunktes betrifft, so kann man auch ihn nicht als einen völlig begründeten betrachten. Zwar schildert er die Stufe der ältesten, auf dem Wege der Gewohnheit sich entwickelnden, Rechtsbildung, die von ihm sogenannte „Vorstufe", in einer treffenden Weise, und bezeichnet ihren Grundcharakter richtig als den der Identität des Rechtes und der Moral, für welchen primitiven Zustand der Indifferenz beider, seiner Meinung nach, gerade der Ausdruck: „Sitte" die spezifische Bezeichnung bilden würde (S. 28). Allein seine weiteren Ausführungen über die Entstehung und

Fortentwicklung des Gewohnheitsrechtes in Zeiten einer vorgeschrittenen, höheren Cultur, also auch in und für unsere Gegenwart, erscheinen als unbefriedigend [59]). Denn die Frage, welche er zur Bekämpfung der entgegenstehenden (von uns vertretenen) Theorie auf S. 29 dahin aufwirft, wie denn die Gewohnheitsrechte in demjenigen Stadium charakterisirt werden sollten, in welchem das Gefühl der rechtlichen Nothwendigkeit von dem der sittlichen sich noch nicht geschieden hätte (ein Stadium, in dem die meisten Gewohnheitsrechte längere Zeit hindurch sich zu befinden pflegten); ob man denselben etwa aufgeben müßte, innerlich nachzureifen, und dann sich wieder zu stellen?: diese Frage löst sich in das folgende, einfache Dilemma auf. Entweder ist der Bildungsprozeß des Gewohnheitsrechtes noch nicht abgeschlossen, und dann erscheinen die ihm zum Substrate dienenden Handlungen oder Thatsachen als blos vereinzelte, juristisch indifferente Akte, worin sich keine gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, beziehungsweise einer Abtheilung desselben, ausgesprochen hat. Oder aber jene Handlnngen offenbaren ein solches Gemeinbewußtsein,

---

59) Den primitiven Zustand des Rechtes, während dessen das Gewohnheitsrecht als die weitaus vorherrschende Form der Rechtsbildung erscheint, zeichnet Ihering zwar in einer vollkommen richtigen Weise auf S. 27 mit den folgenden Worten: „Eins ist hier das Recht mit dem Subjekt — es entsteht und lebt in dem Gefühle der Individuen; eins mit dem Leben — es geht ganz aus demselben hervor; eins mit der Zeit — es schreitet stets mit ihr fort, bleibt nicht, wie das Gesetz, hinter ihr zurück."

Allein er übersieht, oder würdigt doch wenigstens nicht nach seiner wahren Bedeutung, den Umstand, daß auch das, in den höchsten Cultur-Zeiten hervortretende, wissenschaftliche Gewohnheitsrecht den gleichen Grundcharakter besitzt und in einer ganz ähnlichen Weise auf dem Wege einer unbewußten, unsichtbaren, mit den betreffenden Subjekten, der Zeit und dem Leben in einheitlichem Zusammenhange fortschreitenden, Entwicklung sich bildet.

und dann ist es für dessen juristische Kraft oder formelle Autorität durchaus gleichgültig, ob die fraglichen einzelnen Gewohnheitsakte aus dem Gefühle der rechtlichen oder der sittlichen Nothwendigkeit hervorgegangen sind, wiewohl in dem Momente ihres vollendeten Bildungsganges, wie auch Ihering selbst zugesteht, stets Beides zusammentreffen wird. Hieraus erklärt sich auch, daß und weßhalb die Frage: ob ein Gewohnheitsrecht dann Gültigkeit habe, wenn es den Geboten und Anforderungen der Sittlichkeit widerstreite?, welche Frage man gewöhnlich bei dem Erfordernisse der sog. Rationabilität abzuhandeln pflegt, als ein durchaus müßiges und blos theoretisch spekulatives Problem betrachtet werden muß. Denn auch hier ergibt sich eine, jeden Zweifel einfach lösende, Alternative. Entweder nämlich hat sich noch gar kein feststehendes, abgeschlossenes Gewohnheitsrecht gebildet, beziehungsweise ein seither bestandenes Gewohnheitsrecht ist in dem Prozesse seiner Veränderung und Umbildung begriffen, und solchen Falles kann natürlich von einem Conflikte mit der Sittlichkeit schlechthin keine Rede sein. Oder aber das Gewohnheitsrecht hat bereits eine sichere, feste und entschiedene Existenz gewonnen, und dann kann wohl ein Widerstreit desselben mit der subjektiven Moral des Richters, Gesetzgebers, Theoretikers, Philosophen oder sonstiger Individuen, niemals aber mit der objektiven Volks-Moral oder öffentlichen Sittlichkeit statt finden. Denn der Volksgeist ist kein innerlich gespaltenes oder dualistisches Wesen, welches einen ungelösten Widerspruch in sich tragen und fortsetzen könnte. Das Verhältniß zwischen Recht und Moral läßt sich also wohl dahin feststellen, daß sie zwar zwei geschiedene, aber keine entgegengesetzte Sphären bilden, und daß das erstere als das äußere Dasein oder die ob-

jektive Grundlage und Voraussetzung der letzteren betrachtet werden müsse. Das Recht kann und darf demzufolge niemals in den Augen und nach dem Sinne des Volkes, d. h. der Nation, als ein unsittliches sich darstellen. Es ist deshalb vollkommen richtig, wenn Ihering in B. I. S. 12 das Recht als den objektiven Organismus der menschlichen Freiheit bezeichnet. Auch harmonirt hiemit durchaus die Fassung, welche Puchta vermöge seines genialen Taktes in seinem Buche über Gewohnheitsrecht, Th. II. S. 49—61, dem Erfordernisse der sog. Rationabilität gegeben hat [60]).

Wenn wir nun schließlich auch noch die Frage zu lösen suchen, in welchem Verhältnisse Ihering's originelle Ausführungen über die juristische Technik und die sog. naturhistorische Methode im Th. II. Abth. II. S. 321—414, verglichen mit Th. I. S. 12—50 und dem einleitenden Aufsatze zu den „Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", S. 1—52, zu der hier vertretenen Auffassung der Jurisprudenz und des wissenschaftlichen Rechtes stehen?: so kommen wir im Allgemeinen zu dem Resultate, daß hinsichtlich ihres materiellen

60) Im Allgemeinen stimmt hiemit auch die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Rechte und der Moral überein, welche sich bei Stahl, Philosophie des Rechts, 3te Auflage, B. II. Abth. I. Buch II. Cap. I. §. 1—9, S. 191—217, findet, und welcher auch Ihering a. a. O. S. 48, Note 34 durchaus beipflichtet. Auf der anderen Seite bestehen freilich zwischen Stahl's und unserer Auffassung auch einige Differenzen, auf welche wir jedoch, da sie mit dem philosophischen Systeme und der ganzen Weltanschauung des Ersteren im engsten Zusammenhange stehen, selbstverständlich hier nicht nicht näher einzugehen vermögen.

Gehaltes und ihrer materiellen Bedeutung beide nahezu übereinstimmen. Was nämlich Ihering zunächst über das von ihm sogenannte Rechts=Alphabet und die sogenannte juristische Analyse an= und ausführt, dies begründet wohl hinsichtlich seiner materiellen Resultate überall keine Verschiedenheit von den in der heutigen Doktrin herrschenden, namentlich auch von Savigny und Puchta gelehrten, Grundsätzen über die sog. grammatische und logische Interpretation und die Analogie; weshalb auch deren eigenthümliche, an interressanten Streiflichtern reiche, formelle Herleitung und Entwicklung hier füglich auf sich beruhen bleiben mag!

Seine Schilderung und Charakterisirung der juristischen Construktion nebst der naturhistorischen Methode dagegen läuft in ihrem schließlichen, materiellen Effekte wohl auf Das hinaus, was Savigny an der, bereits mehrfach erwähnten und oben Seite 34 wörtlich angezogenen, Stelle als die unaufhörliche Rückwirkung der Rechtswissenschaft auf ihren Stoff durch die Enthüllung und Vollendung der ihm inwohnenden (organischen und systematischen) Einheit bezeichnet, aus welcher ein neues organisches Leben und eine stete Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgehe. Die hauptsächliche (formelle) Differenz zwischen der Methode Ihering's und der Savigny's und Puchta's scheint mir nur darin zu bestehen, daß diese Letzteren das wissenschaftliche Recht, sowohl nach seiner Bildung, als auch nach seiner Erkenntniß, nicht auf allgemeine (abstrakte) Regeln und auf methodische Grundlagen zurückgeführt, sondern nur durch die freie Bewegung der ganzen Jurisprudenz vermittelt wissen wollen; während Ihering in und mittelst der naturhistorischen Methode deren Gesetze zu erforschen sucht, und gewisser Maßen

eine Theorie der juristischen Kunst liefert [61]). — Hinsichtlich der produktiven Kraft der Rechtswissenschaft, gleich wie der formellen Autorität ihrer Erzeugnisse, stimmt also Ihering mit uns völlig überein. Ganz insbesondere fällt Das, was er in dem Vorworte zu den „Jahrbüchern der Dogmatik", S. 22—41, über das „Construiren" und „Destruiren" der heutigen romanistischen Wissenschaft entwickelt, seiner wesentlichen materiellen Bedeutung nach, mit dem, bereits in der ersten Abtheilung dieses Werkes, Note 187, S. 374 und 375, und S. 407 kurz geschilderten, unaufhörlich fortgehenden, Assimilirungs- und Nationalisirungs-Prozesse des Römischen Rechtes in Deutschland durchaus zusammen.

Die schöpferische Kraft der heutigen Rechtswissenschaft tritt übrigens bei Ihering in einer gesteigerten und potenzirten Gestalt auf, indem er die produktive Construktion des Rechtsstoffes den heutigen Juristen in dem gleichen Umfange und Maße zugestehen will, in welchem sie die römischen vollführt haben [62]). Allein auf diese Seite seines Standpunktes wollen und können wir hier eben so wenig kritisch eingehen, als auf die Frage überhaupt: ob und inwieferne die von ihm, gleich wie von manchen anderen Juristen unserer

---

61) Eine solche zwischen dem Savigny-Puchta'schen und seinem eigenen Standpunkte bestehende Grundverschiedenheit erkennt Leist, welcher gleichfalls zu einer naturhistorischen Methode sich bekennt, in seinem, alsbald näher zu besprechenden, Buche über: „die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute", S. 21—25, sogar ausdrücklich an. Ueber das Verhältniß seiner Theorie und Methode zu der Ihering's werden die unmittelbar folgenden Ausführungen das nähere Licht verbreiten.

62) Ueber diese Auffassung, welche nach ihrer materiellen Seite auch von Kierulff und Leist getheilt wird, haben wir uns übrigens bereits in der obigen Note 11 gleich wie auf S. 131 u. 132 dieser zweiten Abtheilung, mittelst weniger und flüchtiger Andeutungen ausgesprochen.

Gegenwart, befürwortete sog. naturhistorische Methode einen reellen Fortschritt in der deutschen Rechtswissenschaft begründe, und ob sie insbesondere eine gegründete Aussicht dafür eröffne, daß durch ihre verbreitete Anwendung die h. z. T. noch bestehende, allenthalben als ein empfindliches Uebel beklagte, Kluft zwischen der Theorie und Praxis ausgefüllt werden könnte?

VIII. Burkard Wilhelm Leist, über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute, Jena 1854, vertheidigt zwar im Allgemeinen gleichfalls eine naturhistorische Methode, geht aber hiebei von wesentlich anderen Prämissen und Gesichtspunkten aus, als Ihering. Er legt nämlich den Hauptnachdruck auf die Scheidung der Natursätze von den Rechtssätzen, beziehungsweise der naturalis ratio von der civilis ratio, und er stellt an die heutigen Juristen die Anforderung, nach dem Vorbilde der römischen, und zwar namentlich der klassischen, Juristen jene Natursätze unmittelbar aus den Lebensverhältnissen heraus zu construiren [63]). Mit besonderer Bezugnahme auf die Ent-

63) Ihering bezeichnet dagegen als das charakteristische Merkmal seiner naturhistorischen Methode und der darauf gegründeten juristischen Construktion, daß dieselbe mit Rechtsbegriffen und Rechtsinstituten oder mit juristischen Körpern operire, während im Gegensatze zu dieser höheren oder produktiven Jurisprudenz die niedere oder rezeptive auf die Verarbeitung von blosen Rechtssätzen und Rechtsprinzipien sich beschränke. — Wenn übrigens Ihering in der angeführten Abhandlung Seite 21 und 50 auch Thöl als einen hervorragenden Repräsentanten dieser naturhistorischen Methode aufführt, so könnte dies höchstens nur im materiellen Sinne zugestanden werden, da und insoferne jener Schriftsteller da, wo er selbst die Methode für die Auffindung des wissenschaftlichen Rechtes zeichnet, nämlich in der „Einleitung in das deutsche Privatrecht“ §. 56—65, S. 140—161, die Jurisprudenz überall nur mit Rechtssätzen und Rechtsprinzipien operiren läßt.

stehung des positiven Rechtes und die Rechtsquellen will er eine formelle und eine materielle causa von einander unterschieden wissen, indem er jene durch Gesetz und Gewohnheit begründen läßt, diese dagegen durch das Verhältniß des Rechtes zur „Natur", oder auch, wie er sich zuweilen ausdrückt, zum „Welt-Organismus". — Es ist nun hier nicht der Ort, die von Leist vertretene Methode einer näheren kritischen Prüfung zu unterziehen, um dadurch zu ermitteln: ob und inwieferne der von ihm befürworteten Scheidung des Natur-Elementes und der Natursätze im Rechte die innere Wahrheit, sowie die praktische Fruchtbarkeit zugestanden werden könne? Diese Frage überschreitet den Umkreis unserer gegenwärtigen Aufgabe und Untersuchung eben so sehr, als die nach der Bedeutung der naturhistorischen Methode Jherings [64]). Für unser spezielles Thema und unseren

---

64) Beide Schriftsteller scheinen mir übrigens vermittelst ihrer naturwissenschaftlichen Methode den Versuch zu machen, die Erreichung desjenigen Zieles vorzubereiten und zu befördern, welches Savigny in der Vorrede zum „Systeme des heutigen römischen Rechts" S. XXXI den rechtswissenschaftlichen Bestrebungen der Gegenwart als das höchste vorzeichnet, indem er sagt: „Wenn wir gelernt haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann können wir sie als Vorbilder entbehren und der Geschichte zu dankbarer Erinnerung übergeben."

Der Zeitpunkt für die wirkliche Erfüllung einer solchen Hoffnung dürfte übrigens der Vorstellung Savigny's als ein der fernsten Zukunft angehöriger vorgeschwebt haben, wie die Vergleichung seiner ähnlichen Aeußerungen im „Beruf unser Zeit" S. 120, 127—130 und ganz besonders S. 133 u. 134 beweist.

Jhering hat sogar jenes angedeutete Ziel seiner neuen Methode mit klaren und bestimmten Worten geradezu ausgesprochen, da er in dem Vorworte zu den „Jahrbüchern der Dogmatik" S. 52 als den Wahlspruch unserer heutigen Jurisprudenz die Maxime bezeichnet: „Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus."

speziellen Zweck genügt es vielmehr, das Verhältniß kurz zu beleuchten, in welchem Leist's Auffassung der Rechtsquellen überhaupt und des wissenschaftlichen Rechtes insbesondere zu der, hier adoptirten, Theorie der sogenannten historischen Schule steht. In solcher Richtung sind zunächst aus seiner ausführlichen und bilderreichen Darstellung die folgenden Sätze hervorzuheben, durch welche er die wesentlichen Grundzüge seines eigenthümlichen Standpunktes charakterisirt: — S. 62: „Das Recht ist ein bestimmter Wille der Gesammtheit. Das Objekt, worauf sich die Regeln des Rechtes beziehen, sind die Lebensverhältnisse der Menschen. Diese tragen eine bestimmte Natur bereits in sich, sie richten sich zunächst nach den Regeln, die wir die Natursätze genannt haben. Aber nach der ganzen Bedeutung der Lebensverhältnisse, auf die sich überhaupt das Recht bezieht, genügt dies offenbar nicht. Das Recht umfaßt insgesammt diejenigen Beziehungen der Menschen unter einander, die wir gewissermaßen aus gröberem Stoffe zusammengesetzt, und wiederum festerer Bindemittel bedürftig finden. Die Menschheit bedarf in Betreff derselben einer äußeren Satzung, und solche Satzungen bilden sich nun eben mit höherer Nothwendigkeit in den Gliederungen, in die überhaupt die Menschheit zerfällt, in den Gesammtheiten nämlich, die wir Volk und Staat nennen."

S. 64 u. 65: „Die äußere Satzung, die Gewohnheitsrecht oder Gesetz für die Lebensverhältnisse hinstellen, ist, ihrem Inhalte nach, dem Willen der rechtschaffenden Gewalt an und für sich ganz frei überlassen. Nicht etwa ein allgemeines Natur- oder Vernunftrecht steht als eine höhere Norm wieder über jener Gewalt, mit der Nöthigung, in den den Menschen gesetzten Rechtsbestimmungen eigentlich nur jenes Naturrecht zur Aussprache zu bringen. — Wenn wir aber

auch sagen, der Wille der rechtschaffenden Gewalten ist an und für sich frei und ungebunden, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß wir uns die verschiedenen Gestaltungen dieses Willens, in denen er überhaupt denkbarer Weise nur auftreten kann, in die begriffsmäßigen Klassen zusammenordnen. Wer frei ist in seinem Willen, von dem läßt sich doch schon voraussagen, welche Wege überhaupt vor ihm liegen, unter denen er zu wählen hat. Die Antwort, die wir in Betreff dieser Klassen zu geben haben, muß also jedenfalls die Gründe enthalten, welche den Willen aufregten, sich so oder so zu entscheiden."

Das Verhältniß der Natursätze und der Rechtssätze zu einander schildert er hierauf S. 65—68 dergestalt, daß die letzteren zu einem Theile ganz unabhängig von den ersteren seien, ja sogar aus praktischen Bedürfnissen diesen direkt entgegentreten könnten, z. B. bei den Bestimmungen über den Anfang des juristischen Tages, über die Eigenthums- und Klagen-Verjährung, über den Verlust einer Forderung durch ein unrichtiges rechtskräftiges Erkenntniß, ꝛc.; daß aber zu einem anderen, weitaus überwiegenden, Theile beide Gattungen zusammenzutreffen und einander zu decken pflegten.

„Gesetz und Gewohnheitsrecht können —, fügt er auf Seite 67 hinzu, — in einem unendlich weiten Gebiete gar kein Interesse, gar nicht den Willen haben, die in den Lebensverhältnissen steckenden Natursätze irgend zu alteriren. Vermöge der überhaupt der Menschheit zu Theil gewordenen geistigen Freiheit kann im einzelnen Falle freilich die rechtschaffende Gewalt dem Natursatze entgegentreten, sie steht also in dieser Hinsicht formell über der Natur. Aber von der anderen Seite ist im Rechtsgebiete die Menschheit

materiell der Natur in einer weit überwiegenden Weise unterworfen."

S. 68. „Das Recht ist ein formell von der Menschheit sanktionirtes, ein aus ihr geborenes, aber seinem weit überwiegenden Umfange nach ist seine materielle Quelle, sein Vater, wenn wir so sagen sollen: der Weltorganismus, oder wie wir es bisher genannt haben, und fortnennen wollen, die Natur."

Für das Verhalten der Wissenschaft gegenüber jenen Natursätzen spricht er auf S. 69 die Mahnung aus: „Wir dürfen, wie aus der ganzen bisherigen Entwicklung hervorgeht, uns nicht mit der formellen causa des Rechtes, Gesetz und Gewohnheitsrecht, für die wissenschaftliche Behandlung unseres geltenden Rechtes begnügen; wir müssen uns die materielle causa des Rechtes, sein Verhältniß zur Natur, durchaus vollständig klar machen, wollen wir im wahren Sinne wissenschaftlich arbeiten. Aber hier ist auch die Grenze. Was weiter liegt, ist nicht mehr dogmatische Analyse des positiven Rechtes, d. h. der Regeln, die in der Menschheit ihre formelle Satzung erhalten haben. Was weiter liegt, ist Philosophie, ist divinarum rerum notitia, und so unentbehrlich uns die ist, so wird es doch vorzugsweise wichtig, dabei stets zu bemerken, wo genau die von Allen anzuerkennende Grenzlinie zwischen beiden Reichen liegt."

Die praktische Behandlung der beiden, von ihm statuirten, verschiedenen Gattungen von Rechtssätzen, nämlich derjenigen, welche die Sanktion von Natursätzen begründen und derjenigen, welche nicht auf einem solchen naturgemäßen Boden beruhen, mögen sie nun „etwas den Naturverhältnissen völlig Fremdes, oder dieselben schärfer Fixirendes, oder endlich ihnen geradezu Entgegentretendes" enthalten, legt er im §. 19, S. 71—75 näher dar. In Betreff der ersteren, welche er als die

„Phanerogamen", und im Gegensatze zu ihnen die letzteren als die „kryptogamen" Rechtssätze bezeichnet wissen will, bemerkt er auf S. 75 insbesondere: „Auch bei diesen Natursätzen bedarf es des positiven Setzens von Seiten der Menschheit gerade so, wie sich der Mensch den Baum in seinen Garten erst setzen muß, und wild aufgeschossenes, von ihm nicht gesäetes, Kraut nicht duldet. Ist der Natursatz aber einmal im Garten des Rechtes durch die dazu befugte Gewalt gepflanzt, so wächst er organisch, und seine ganze Gestalt ist, abgesehen von zuweilen vorkommender Beschneidung des Baumes, ganz die, welche die Natur ihm von vorneherein mitgegeben hat."

Seine Ansicht endlich über das Verhältniß der römischen Juristen zu der, von ihm für die heutige Rechtswissenschaft postulirten, Naturlehre thut er namentlich vermittelst des folgenden Ausspruches auf S. 80 kund: „Daß die Römer unter der naturalis ratio genau das verstanden haben, was ich in meiner bisherigen Darstellung als das Gebiet der Natursätze bezeichnete, halte ich für eine ganz unzweifelhafte und vollständig beweisbare Sache. Daß das römische Recht zu seiner unsterblichen und unvergänglichen wissenschaftlichen Blüthe und dogmatischen Ausbildung vorzugsweise gerade dadurch gelangt ist, daß es von diesem richtigen Standpunkte aus die civiles und naturales rationes mit ihren weiteren, wesentlich verschiedenen Consequenzen bei dem Ausbaue seiner Institute verwandte, das scheint mir ebenfalls eine bis in's Einzelne erweisliche Behauptung. Aber daß die Römer auf dem richtig eingeschlagenen Wege nur erst eine Strecke zurückgelegt haben, daß auf diesem Wege selbstständig weiter fortgeschritten werden muß, ist daneben ein um so mehr zu betonender Umstand."

Wenn wir nun diese juristische Naturlehre Leist's mit dem kritischen Auge betrachten, so müssen wir derselben insoferne und insoweit, als sie die hier in Rede stehenden Probleme berührt, die reelle Begründung und den materiellen Einfluß geradezu absprechen. Denn die „Natur" im Rechte ist entweder durchaus identisch mit der Vernunft oder dem Begriffe und der Idee des Rechtes; oder aber sie kann auf eine selbstständige Bedeutung und ein für sich bestehendes Interesse überall keinen Anspruch machen, und fällt mit der, von der seitherigen Doktrin allenthalben als eine subsidiäre (dem positiven wissenschaftlichen Rechte angehörige) Quelle anerkannten, sog. „Natur der Sache" schlechthin zusammen [65]. In der ersteren Eigenschaft ist nun die Natur des Rechtes

---

65) Freilich erhebt Leist gegen diese sog. „Natur der Sache" auf S. 26 einen ausdrücklichen Widerspruch, und erklärt dieselbe wegen der über ihren Begriff und ihre Herleitung herrschenden großen Meinungsverschiedenheit für ein „unklares Wesen, das zu nebelhaft und schwankend sei, um mit scharfen Waffen vertrieben, oder andrerseits als nützlicher Begleiter erkannt zu werden, und das zu den gefährlichsten Werkzeugen wissenschaftlicher Argumentationen gerechnet werden müßte."

Allein er übersieht, daß diese Natur der Sache, falls man ihr nur einen positivrechtlichen Sinn unterlegt, möge man sie sonst definiren, wie man wolle, als das Resultat der logischen Interpretation, oder der Analogie erscheint und somit eine objektive Grundlage besitzt, während dagegen seine Natur und Natursätze der Objektivität gänzlich entbehren, und das Ergebniß einer rein subjektiven, jedes allgemeinen Erkenntnißmittels und Criteriums ermangelnden, Reflexion bilden, was wir alsbald näher darzuthun versuchen werden.

Alles Das, was übrigens Leist in §§. 25—27, S. 99—112 über die juristische Logik" mit den dabei verwendeten Gleichnissen des „Ascendenten- und Descendenten-Verhältnisses", des „Stammbaumes", des „Stammvaters", der „Aborigines", rc. ausführt, fällt nach seiner wesentlichen Bedeutung mit Dem zusammen, was man gewöhnlich das „Argumentiren aus der Natur der Sache", oder auch die „logische Consequenz" zu nennen pflegt!

Gegenstand der Philosophie, oder irgend einer spekulativen Betrachtung und philosophischen Reflexion. Auch die Römer bezeichnen daher schon diese Natur-Elemente des Rechtes, welche auf einer inneren Nothwendigkeit beruhen, als die naturalis ratio, was auch Leist selbst a. a. O. S. 57 und 61 anerkennt. Da nun übrigens die römischen Juristen die natürlich-vernünftigen Bestandtheile ihres Rechtes dem jus civile und der civilis ratio entgegensetzten, so mußten sie jene auch aus derjenigen Quelle herleiten, aus welcher sie das ihnen eigenthümliche Vernunftrecht zu schöpfen und zu formiren pflegten, also aus dem jus gentium. Gleich wie sonst überall, so gingen nämlich die Römer auch bei ihrer philosophischen Spekulation empirisch und aposteriorisch zu Werke (im Gegensatze zu dem aprioristischen Verfahren der modernen Philosophie), und ihr Vernunftrecht war daher auf die praktische, erfahrungsmäßige Grundlage des jus gentium gestützt. Als solches bezeichnen sie nämlich den Inbegriff derjenigen Rechtsinstitute und Rechtsbestimmungen, welche sie bei allen Völkern, mit denen sie in Berührung kamen, gleichmäßig vorfanden, und welche sie eben deshalb für das »jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit«, erklärten [66].

Wenn und insoweit also das natürliche Element im Rechte und die damit zusammenhängenden Natursätze nicht aus einer philosophischen Reflexion oder Construktion irgend welcher Art

---

66) Diese Auffassung des jus gentium, welches demzufolge auch häufig als das jus naturale bezeichnet wird, findet sich ausgesprochen bei: Gaj. I. §. 1 u. §. 189; §. 1 u. §. 11 Inst. de jure naturali (I, 2); L. 1, §. 4, und L. 9 D. de J. et J. (I, 1.) L. 1. pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1) — zu vergl. auch unsere obige Note 70 in der ersten Abtheilung, und Puchta, Cursus der Institutionen, B. I. §. 83—85, S. 348—366.

hervorgehen; wenn und insoweit dieselben ferner nicht im Wege eines rein logischen Denkens aus den positiven Rechtsquellen, d. h. aus den Gesetzen, dem Gewohnheitsrechte und dem wissenschaftlichen Rechte, entnommen werden sollen: so muß es Leist lediglich überlassen bleiben, jene ihre vermeintliche Selbstständigkeit zu begründen und nachzuweisen. Ein solcher Beweis erscheint nun aber in unseren Augen von vorneherein als eine unausführbare Sache, und ganz insbesondere können wir denselben nicht durch die kurzen Andeutungen für erbracht gelten lassen, welche Leist auf S. 25, 26, 40, 69, 90, 91 und 93 über die Verschiedenheit bemerkt, welche zwischen dem rechtsphilosophischen Denken und seinen Abstraktionen (von Natursätzen) bestehen soll [67].

So fest und unerschütterlich auch die Ueberzeugung sein mag, von welcher Leist hiebei sich leiten läßt; so besitzt er dennoch an allen seinen Natursätzen kein objektives, der allgemeinen Erkennbarkeit fähiges und zugängliches, Fundament, sondern vielmehr nur ein Produkt der mehr oder minder willkührlichen, subjektiven Reflexion. Solche Natursätze gehören an sich und als solche, trotz seiner entgegenstehenden Behauptung, niemals zum positiven Rechte, und sie dürfen daher auch von dem Richter nur dann und nur insoweit berücksichtiget werden, als sie die positive Rechtswissenschaft aus der sog. Natur der Sache vermittelst der logischen Interpretation und der Analogie hergeleitet, und auf dem Wege

67) Ueber die Unhaltbarkeit des Unterschiedes, welchen Leist zwischen seinen Deduktionen und dem „Philosophiren über das Recht", d. h. dem Argumentiren aus der „Natur der Sache", oder aus „gewichtigen inneren Gründen", oder aus dem „Wesen des Rechtes", rc. gemacht wissen will, hat sich namentlich Röder, Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts, Leipzig 1855, S. 26, Note 1, in einer sehr treffenden Weise ausgesprochen.

ihrer fortschreitenden, geschichtlichen Entwicklung zu einer feststehenden Existenz und anerkannten Geltung erhoben hat. Dies gesteht sogar Leist auf S. 24, wenigstens in indirekter Weise, selbst zu, indem er sagt: Solche wissenschaftliche „Feststellung einer Lehre, d. h. eine Feststellung im wahren Sinne des Wortes, so daß sie damit ein für alle Male als erledigt betrachtet werden kann, ist nie das Werk eines Einzelnen, sie kann nur durch die Gesammtheit mit allmäligem Bauen erreicht werden." — Für so treffend wir auch diese Anerkennung der gewohnheitsrechtlichen Produktion der Wissenschaft im Wege ihrer allmäligen, fortschreitenden Entwicklung erklären müssen; so wenig befriedigend erscheinen uns andrerseits die Ausführungen, welche er auf S. 21—26 über das wissenschaftliche Recht überhaupt liefert, indem er namentlich gegen die betreffenden Aufstellungen Puchta's polemisirt. Hieraus dürfte doch wohl zu entnehmen sein, daß er sich über die Natur des Juristenrechtes, beziehungsweise des Rechtes der Wissenschaft, keine harmonische, konsequent durchgeführte Anschauung gebildet hat. Wenn er daher auf S. 25 u. 26 das Postulat einer „inneren dogmatischen Erforschung unseres Rechtes" aufstellt, welche sich eben so sehr von der philosophischen, als von der historischen Ergründung desselben unterscheiden, und „in sich selbst ihren ganz eigenen Schwerpunkt, ihre ganz eigenen Prinzipien, und eben deshalb ihre unentbehrlichen, vollkommen selbstständigen Resultate" haben soll: so fehlt es auch einer solchen wissenschaftlichen Verarbeitung des Rechtsstoffes wieder an der erforderlichen Objektivität. Denn entweder fällt diese letztere mit Dem zusammen, was man h. z. T. allgemein unter der Dogmatik des Rechtes versteht, und dann gehen ihre objektiven Resultate aus der Gesammtthätigkeit der theoretischen und prak-

tischen Juristen unserer Gegenwart, welche und insoweit dieselbe auf das lebendige Recht gerichtet ist, auf dem Wege einer allmäligen und unsichtbaren Entwicklung hervor. Oder aber sie beruht, dem Sinne Leist's entsprechend, auf einer selbstständigen Grundlage, indem sie in seiner eigenthümlichen Naturlehre auf- und untergeht, und dann ist an ihr der, bereits früher berührte, Mangel einer objektiven Erkennbarkeit, Gemeinfaßlichkeit und Mittheilbarkeit auszustellen. Ganz insbesondere muß — im Gegensatze zu der auf S. 24 aufgestellten Behauptung, daß die öftere Ueberschreitung der unseren heutigen Juristen gezogenen Linie von Seiten der römischen Jurisprudenz „immer ziemlich (?) genau erkennbar sei", — davon ausgegangen werden, wie eine solche Grenzlinie von seinem allgemeinen Standpunkte aus überall nicht wohl aufgefunden werden kann, da er den römischen und den heutigen Juristen der bewußten Produktion, Konstruktion und Fortbildung des Rechtes gegenüber ganz die gleiche Stellung einräumt.

Wir können nun aber die, von uns behauptete, rein subjektive Natur der Methode Leist's und ihrer Resultate sogleich an dem ersten Satze erhärten, welchen er an die Spitze seiner abstrakten Naturlehre stellt. Wenn er nämlich diese im §. 12, S. 40 mit der Thesis beginnt: „Der Mensch, der Herr und die Spitze der irdischen Schöpfung, steht in, nicht außerhalb der Natur"; so können wir im Gegentheile die Behauptung verfechten, daß der Mensch sowohl in, als auch außerhalb der Natur stehe, und zwar Ersteres vermöge seiner leiblichen, Letzteres vermöge seiner geistigen Organisation. Wofern man nämlich unter „Natur" Das versteht, was begriffsmäßig darunter zu verstehen ist, so bildet dieselbe gerade den Gegensatz des Geistes. Der Geist kann keineswegs innerhalb der Natur gefunden werden, wofern man

nicht etwa, wie Leist es auf S. 42, wenigstens dem Wortlaute nach, thut, auch den Thieren einen Geist zuschreiben will, so daß dem Menschen nur der höhere Geist vindizirt würde. Eine Seele besitzt wohl auch das Thier, aber auf keinen Fall einen Geist; denn sonst müßte man demselben auch das Denken zuerkennen, und daher das älteste aller Vorurtheile zerstören, daß der Mensch von dem Thiere durch das Denken sich unterscheide. Auch in solcher Richtung treibt man übrigens in neuester Zeit manche verkehrte Spielereien (wozu doch wohl auch die von Leist auf S. 41 gezogenen Parallelen zu rechnen sein dürften, da man sie, trotz der gegentheiligen, auf S. 58 wiederholten, Versicherung kaum für ernsthaft gemeinte halten möchte), wodurch der zwischen dem Instinkte des Thieres und dem Denken des Menschen bestehende, inkommensurable Unterschied in eine blos quantitative Verschiedenheit aufgelöst, und seiner qualitativen, begrifflichen Wesenheit geradezu beraubt wird. Einen Anklang derartiger Spitzfindigkeiten und mehr oder minder geistreicher (beziehungsweise geistloser) Vergleichungen kann man freilich schon in der Aufstellung des römischen jus naturale, als des »jus, quod natura omnia animalia docuit«, finden; allein bei den Römern selbst tritt diese ganze Annahme nur mit einer sehr untergeordneten und beschränkten Bedeutung auf.

Als ein sehr folgenreicher Mangel der Leist'schen Naturlehre kann wohl überhaupt der Umstand bezeichnet werden, daß er den vieldeutigen Ausdruck: „Natur“, ähnlich wie Beseler, Maurenbrecher und Andere das Wort: „Volk“, ohne die erforderliche kritische Prüfung gebraucht, und daher die verschiedenartigsten Bedeutungen in einander überfließen läßt. Bald bezeichnet er daher mit „Natur“:

die äußere, den Menschen umgebende, Welt; bald dagegen das spezifische Wesen oder den Begriff eines Gegenstandes; bald auch das natürliche Leben und die faktischen Lebensverhältnisse, also den natürlichen Stoff des Rechtes; bald die physische, logische oder moralische Nothwendigkeit (S. 41 in der Note); bald das gegenwärtige Leben der Nation (S. 39); bald endlich den ganzen Weltorganismus (S. 68).

Ihrem letzten praktischen Resultate nach stellt sich nun das Verhältniß der Auffassung Leist's zu der unsrigen folgender Gestalt heraus. Auch er erkennt Gesetz und Gewohnheitsrecht als die höchsten formellen Quellen an, in welcher Beziehung namentlich seine Aeußerung auf S. 72 u. 73 gebührend zu beachten ist. Indem er nämlich hier den, durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht sich aussprechenden, originellen Gesammtwillen, d. h. denjenigen, welcher keinem Natursatze correspondirt, in Betracht zieht, bemerkt er über denselben: „Ob dieser Wille ein zweckmäßiger, den Lebensverhältnissen förderlicher sei, kommt vom Standpunkte des positiven Rechtes aus gar nicht in Frage, denn über den Gesammtwillen gibt es keine formell höhere menschliche Autorität. Der Rechtssatz gilt, da der setzende Wille gerade nicht einem anderweitig schon bestehenden Satze folgen wollte, lediglich deshalb, weil die rechtserzeugende Gewalt ihn sich durch eigene Geistesthätigkeit, gleichviel durch welche Anlässe angeregt, selbstständig construirt hat."

Außerdem faßt er auch die Wissenschaft als eine Rechtsquelle auf, und erkennt die formelle Autorität des wissenschaftlichen Rechtes an (S. 86, 87, 103, 2c.). Allein hier wirkt sein eigenthümlicher Standpunkt beschränkend ein. Er legt nämlich der Rechtswissenschaft eine wahrhaft produktive, oder „organisch bildende" Macht und Kraft nur hinsichtlich

der Natursätze oder des von ihm sogenannten naturalen Rechtselementes (S. 83) bei, keineswegs aber hinsichtlich des civilen Rechtselementes, d. h. derjenigen Rechtssätze, welche den Natursätzen entweder widersprechen, oder doch wenigstens nicht correspondiren, indem sie auf einem originellen, von der reinen Selbstbestimmung der rechtserzeugenden Gewalt völlig beherrschten, Grunde beruhen [68]).

---

68) In einer besonders prägnanten Weise legt er seinen betreffenden Standpunkt auf Seite 84 und 85 mit den folgenden Worten dar: „Wenn die Ansichten richtig sind, die ich hege, so muß künftig damit angefangen werden, dem naturalen Rechtselemente in unseren Rechtsinstituten gerade so nachzuforschen, wie es die römische Jurisprudenz gethan hat. An der Behandlungsart der Lehren, in denen lediglich ein civiles Rechtselement sich geltend macht, also der Lehren, wie die Litis-contestatio, die Ersitzung, die Klagenverjährung, die Nov. 115, auch vorherrschend die Nov. 118, und so viele andere gleichartige, ist im Ganzen nichts auszusetzen, als insoweit sie doch eine wesentlich andere Beleuchtung erhalten, wenn sie als ein kleinerer Rechtstheil gegenüber einem zweiten, auf andere Prinzipien gebauten, Rechtsgebiete erscheinen. Aber eben dieses zweite, größere Rechtsgebiet bedarf vorzugsweise unserer Arbeit. Es muß den Natursätzen, wenn man sie zuerst als solche und in ihrem ganzen Zusammenhange richtig erkannt hat, nachgegangen werden, um namentlich mit vollster Genauigkeit zu sehen, in welcher Weise sie in das Rechtsgebiet eingeführt werden. Ist das klar gemacht, weiß man also, daß und wie weit der Rechtswille dem Natursatze freien Spielraum gelassen hat, so ist nun soweit das in dem Natursatze Enthaltene auch vollständig als geltendes Recht anzuerkennen. Man muß nur festhalten, daß das naturale Rechtselement nicht, wie das civile, ein mechanisch, wenn auch noch so trefflich, gefügtes menschliches Gebäude, sondern ein vom Menschen gepflanzter, organisch wachsender Baum ist. So hat man denn nur den Platz sich zu vergegenwärtigen, den der Baum ausfüllen soll, im Uebrigen aber das Wachsen des Baumes ihm selbst zu überlassen, so daß nichts übrig bleibt, als zu sehen, wie er eben von selbst wächst."

Ist dieses „organische Wachsen" des Baumes oder sein „Wachsen

§. 13.

Anhang.

Wir wollen nun aber in dem gegenwärtigen Zusammenhange auch noch auf einige Ausführungen über das Haupt- und Grundthema unseres Buches, nämlich über die Frage nach der Existenz und Natur des heutigen gemeinen deutschen Rechtes, eine nähere Rücksicht nehmen, da wir dieselben in der ersten Abtheilung unabsichtlich übergangen haben. Bei dem weit verzweigten Interesse, gleich wie bei der intensiven und extensiven, in die mannigfaltigsten Gebiete der Rechtswissenschaft eingreifenden, Bedeutung des Gegenstandes der vorliegenden Schrift, welche es mit sich bringt, daß eine überaus große Zahl von juristischen Schriftstellern unsere Frage, wenigstens kursorisch und desultorisch, berühren, kann natürlich von einer, auch nur annähernden, Vollständigkeit in der Aufführung und Würdigung der Aeußerungen der Einzelnen überall keine Rede sein. In dieser Richtung mag es übrigens wohl verstattet sein, die in der ersten Abtheilung S. 310 u. 311 gemachte Bemerkung hier lediglich in Bezug zu nehmen. Die angedeutete, so sehr große und kaum begrenzbare, Ausdehnung unseres Thema's dürfte gewiß auch den Anspruch auf eine nachsichtsvolle Beurtheilung derjenigen Versäumnisse, welcher wir bei der in jenem kritischen Theile getroffenen Auswahl der Schriftsteller uns schuldig gemacht haben, als einen billigen erscheinen lassen [69]).

---

von selbst" etwas Anderes, als die „Ergänzung des positiven Rechtes aus und durch sich selbst vermöge der ihm inwohnenden, organisch bildenden Kraft" (Savigny), m. a. W., als die Analogie?!

69) In solcher Richtung hat z. B. Abegg in seiner, bereits oben

A. An erster Stelle möge hier eine spezielle Abhandlung über: „Gemeines Recht" von Georg Bruns in der „Allgemeinen Enzyklöpadie der Wissenschaften und Künste" von Ersch und Gruber, Sektion I. Theil 57, S. 208—220, ihre genauere Besprechung finden. Es gereicht uns zu großer Befriedigung, hierdurch den Beweis führen zu können, daß Bruns hinsichtlich des in Rede stehenden Problemes fast in allen wesentlichen Momenten und leitenden Gesichtspunkten vollkommen mit uns übereinstimmt; welchen Umstand wir mit einer um so lebhafteren Freude constatiren, als uns dessen schöne Abhandlung bei der Abfassung der ersten Abtheilung des gegenwärtigen Werkes durchaus unbekannt geblieben war, und in diesem unbewußten Zusammentreffen vielleicht eine nicht unerhebliche Stütze für die innere Begründung unserer gemeinschaftlichen Auffassung gefunden werden könnte!

Als die vornehmlichsten Punkte, in welchem die erwähnte (materielle) Uebereinstimmung zweifellos hervortritt, können wir nun die folgenden 5 bezeichnen:

---

angeführten, Schrift über „die Berechtigung der deutschen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart" S. 140, Note 203 hervorgehoben, daß wir Bluhme's „System des in Deutschland geltenden Strafrechtes mit Einschluß des Strafprozesses" —, welches Werk die dritte Abtheilung seiner Enzyklopädie bildet, — gar nicht erwähnt hätten. Nun haben wir dies zwar gethan, aber freilich nur in einer Note, welche der Achtsamkeit Abegg's leicht entgehen konnte. Wir haben nämlich Bluhme als einen Meinungsgenossen hinsichtlich der Frage nach der Fortdauer und formellen Bedeutung des heutigen gemeinen Rechtes überhaupt in Note 11 auf S. 16 bezeichnet, und dabei zugleich auf den weniger sicheren Standpunkt hingedeutet, welchen er in jener dritten Abtheilung seines bedeutenden Werkes mit besonderer Rücksicht auf das Strafrecht eingenommen.

1) Die nähere Bestimmung des Begriffes des gemeinen Rechtes, gleich wie seines Verhältnisses zu den partikularen Rechten. Hiebei geht nämlich Bruns ganz von derselben geographischen Grundlage und Bedeutung dieser Begriffe aus, welche auch wir, in Uebereinstimmung mit Wächter, Thöl und Anderen, durchgängig festgehalten haben (zu vergl. insbesondere Abth. I. S. 32, Note 22, S. 370 u. 371). In solcher Richtung gibt er namentlich vortreffliche Ausführungen über die drei verschiedenen (die geographische, die gegenständliche und die systematische oder logische) Bedeutungen, in welchen die Unterscheidung des gemeinen und des besonderen Rechtes genommen zu werden pflegt, gleich wie über deren mögliche Combinationen. Auch warnt er, gleich Wächter, vor der Verwechslung dieser drei verschiedenartigen Begriffe und Eintheilungsprinzipien, welche manche Schriftsteller sich zu Schulden kommen lassen.

2) Die Auf- und Feststellung des Unterschiedes zwischen dem juristisch und dem blos faktisch oder historisch gemeinen Rechte, beziehungsweise dessen Zurückführung auf die Verschiedenheit der Rechtsquellen. Auch er will nämlich, gleich uns, nur das erstere als das gemeine Recht im wahren und eigentlichen Sinne gelten lassen. Das letztere, welches Wächter das „materiell gemeine", und wir das „gemeinschaftliche" Recht genannt haben, bezeichnet er als die „Gleichheit" des Rechtes, indem er gegen den von Thöl hiefür gebrauchten Ausdruck: „allgemeines" Recht polemisirt.

„Man hat in neuerer Zeit vorgeschlagen, — äußert er hierüber S. 210[a], — die Fälle der blosen Gleichheit des Rechtes, als faktisch oder historisch oder materiell gemeines Recht, und die Fälle der wirklichen Gemeinsamkeit da-

gegen als juristisch oder formell gemeines Recht, zu bezeichnen. Dieß ist auch insofern ganz passend, als in den Fällen der Gleichheit in der That dem Inhalte nach ein Recht oder wenigstens ein Rechtssatz oder Rechtsprinzip mehreren Rechtsgebieten gemein ist, wenn auch seine Geltung in jedem auf einem selbstständigen rechtlichen Grunde beruht. Genau genommen müßte man die Fälle der absichtlichen Gleichheit als faktische, oder je nach Umständen als historische Gemeinsamkeit, und die zufällige Uebereinstimmung als blos materielle Gemeinsamkeit bezeichnen" [70]).

3) Die juristische Qualifikation des deutschen Bundesrechtes. Er faßt nämlich dasselbe als ein blos faktisch gemeines Recht auf, und bezeichnet demgemäß in scharfer Consequenz auch die allgemeine deutsche Wechselordnung blos als eine Quelle für gleiches (gemeinschaftliches), nicht aber für gemeines Recht im eigentlichen und spezifischen Sinne (S. 219[a]). Wenn er fernerhin gegen das von Wächter statuirte, sog. völkerrechtlich gemeine Recht, welches derselbe aus Staatsverträgen und zwar namentlich aus Friedensschlüssen, Bündnissen und Verträgen über internationalen Verkehr herleitet, auf S. 211[a] aus dem Grunde Widerspruch erhebt, weil Verträge überhaupt, seien sie auch unter Staaten geschlossen, als solche überall kein objektives

70) Gegenüber der von Thöl gebrauchten Bezeichnung bemerkt er ebendaselbst: „Andere wollen für die blose Gleichheit des Rechtes den Ausdruck: „allgemeines Recht" im Gegensatze von gemeinem Recht gebrauchen. Allerdings spricht man auch bei Rechtssätzen, die sich gleichmäßig bei einem größeren Kreise von Völkern finden, wohl von einem allgemeinen Rechte derselben, z. B. einem allgemeinen Rechte aller europäischen oder aller civilisirten Staaten; indessen als technischer Ausdruck und namentlich bei kleineren Kreisen, etwa einer Rechtsgleichheit nur zweier Staaten, paßt der Ausdruck offenbar nicht."

Recht, sondern nur subjektive Rechte der Contrahenten zu begründen vermöchten: so stimmt Dies im materiellen Gehalte und Resultate mit unseren eigenen Ausführungen in der ersten Abtheilung S. 111—115 völlig überein.

4) Die Hervorhebung und gebührende Betonung des gewohnheitsrechtlichen Elementes in der gemeinen deutschen Rechtsbildung, und die Behauptung, daß auf die Fortdauer dieses gemeinen Gewohnheitsrechtes die Auflösung des deutschen Reiches eben so wenig einen Einfluß geübt habe, als für seine Begründung der Bestand dieses letzteren erfordert werde. Gegen Wächter kehrt er, gleich uns, die Ausstellung, daß er diesen Hauptpunkt nicht gehörig gewürdiget habe, und er bedient sich bei seiner desfallsigen Polemik auf S. 219 ganz derselben Argumentation, welche wir oben a. a. O., S. 72—79 zu gleichem Zwecke geltend gemacht haben. Ganz besondere Beachtung und Billigung verdient in solcher Richtung der von ihm auf S. 211[b] ausgeführte Satz, daß man das in Deutschland sich bildende (gemeine) Gewohnheitsrecht keineswegs als eine Masse an sich getrennter und nur materiell gleicher Gewohnheiten der einzelnen Staaten auffassen dürfte. „Man muß hier vielmehr —, fügt er im vollkommensten Einklange mit unserer eigenen Betrachtungsweise hinzu, — das gesammte Volk, soweit es an der Gewohnheit Theil nimmt, als ein Ganzes, sein gesammtes Gebiet daher als ein in dieser Beziehung ungetrenntes Rechtsgebiet und das auf diese Weise entstehende Recht als ein gemeines Recht des ganzen Volkes ansehen.“

5) Die nähere Bestimmung der Verschiedenheit des Massenverhältnisses zwischen dem gemeinen und dem partikularen Rechte, welche wir in der Einleitung zur ersten

Abtheilung S. 24 (zu vergl. auch die Note 9 auf S. 11 und die Noten 57—59 auf S. 90—94) als einen quantitativen Unterschied bezeichnet haben. Von den beiden alternativen Prinzipien, welche er hinsichtlich dieses Verhältnisses auf S. 213[a] dahin feststellt, daß entweder das gemeine Recht die Grundlage bilde, und daher stets gelte, sofern es nicht durch die partikuläre Rechtsbildung verdrängt oder modifizirt sei (welches Verhältniß im Allgemeinen das in Deutschland herrschende sei); oder daß umgekehrt das partikuläre Recht, wenigstens im Einzelnen, als die Hauptgrundlage und Masse erscheine, und daher das gemeine Recht nur dann und insoweit gelte, als jenes erstere Lücken enthalte —: von dieser Alternative entscheidet das zuletzt erwähnte Glied über das formelle Verhältniß der partikularen Strafgesetzbücher unserer Zeit zu dem gemeinen deutschen Rechte [71]. —

Trotz dieser vollständigen Harmonie in sehr wesentlichen Momenten, besteht gleichwohl auf der anderen Seite hinsichtlich

---

71) Als Beispiele für ein derartiges Verhältniß zwischem dem gemeinen und dem partikulären Rechte führt Bruns selbst das Bairische Civilgesetzbuch und das württembergische Pfandgesetz auf. — Wenn er übrigens bei dieser Gelegenheit in Note 20 gegen die Auffassung Puchta's, und zwar namentlich gegen diejenige Aeußerung desselben polemisirt, welche wir in der Abtheilung I. S. 405, Note 194 nach ihrem Wortlaute angeführt haben, indem er behauptet, daß hierdurch das eine der beiden Prinzipien generalisirt werde; so scheint mir seine betreffende Ausstellung nicht begründet zu sein, und jedenfalls mehr die Form, als die Materie der Puchta'schen Anschauung zu berühren. Denn auch bei den exklusiven Partikular-Gesetzbüchern der neueren und neuesten Zeit besteht der größte Theil ihres materiellen Stoffes aus dem gemeinen Rechte, welches in und mittelst derselben nur in einem individuellen Ausdrucke und in einer besonderen Gestalt erscheint, so daß es auch auf solchem Wege den Rechtszustand, wenigstens mittelbar, in der That beherrscht. — Zu vergl. auch die Note 9 in der ersten Abtheilung S. 11.

einiger, nicht bedeutungsloser, Punkte eine Differenz zwischen der von Bruns und von uns vertretenen Auffassung. Als die vorzüglichsten unter seinen desfallsigen Behauptungen und Deduktionen, welchen wir nicht beizupflichten vermögen, lassen sich wohl bezeichnen:

a) seine Anschauung über die Natur und Bedeutung des wissenschaftlichen Rechtes überhaupt, indem er in der Note 16 auf S. 210^b die Bemerkung macht: „Wissenschaft ist keine dritte, selbstständige Rechtsquelle. Sie kann nur einerseits den materiellen Stoff für Gesetze und Gewohnheiten liefern, andrerseits das in ihnen enthaltene Recht darlegen."

Unser abweichender Standpunkt geht theils aus unserer seitherigen Darstellung hervor, theils wird er seine nähere Beleuchtung und Begründung in den folgenden Erörterungen finden.

b) Die von ihm auf S. 212^a zwischen dem Gesetze und dem Gewohnheitsrechte behauptete Verschiedenheit, vermöge welcher nur das erstere, keineswegs aber auch das letztere, durch die Auflösung des deutschen Reiches partikularisirt worden sein soll. Einer solchen Auffassung steht nämlich der Umstand im Wege, daß auch die Gesetze nach und nach in die Gewohnheit des Volkes übergehen, und sich, vornehmlich durch ihre wissenschaftliche Verarbeitung, zum ungeschriebenen (in der Uebung und Sitte hervortretenden) Rechte gestalten. „Die geltenden Gesetze einer Nation hören dadurch, daß sie geschrieben und gesammelt werden, nicht auf, ihre Gewohnheiten zu sein", sagt Hegel sehr treffend in der ersten Anmerkung zu §. 211 auf S. 266 seiner Philosophie des Rechts. Merkwürdiger Weise erkennt Dies in der Beschränkung auf das römische Recht Bruns selbst auf S. 217^b durch die folgenden Sätze ausdrücklich an: „Hervorzuheben ist noch,

daß, da das römische Recht, wie gegenwärtig Niemand mehr bestreitet, nicht durch Reichsgesetze, sondern durch Gewohnheit eingeführt ist, es auch trotz seiner ursprünglichen Gesetzesnatur doch in Deutschland nur die Bedeutung eines gemeinen Rechtes durch Gewohnheit in dem oben angegebenen Sinne und mit allen dessen Consequenzen hat. Wenn es auch ursprünglich als kaiserliches Recht angesehen und bezeichnet wurde, so beruht seine spätere Geltung in Wahrheit doch nicht auf dem Kaiser und der Reichsverfassung, sondern lediglich auf der Gewohnheit des Volkes."

Als ein solches, lediglich auf der Gewohnheit des Volkes beruhendes, Recht, oder genauer als ein wissenschaftliches Gewohnheitsrecht ist nun aber, wie unsere späteren Deduktionen noch näher beweisen sollen, nicht blos das heutige Römische Recht, sondern vielmehr das ganze gemeine deutsche Recht der Gegenwart, seinem Grundcharakter nach, aufzufassen.

Uebrigens bricht Bruns seiner desfallsigen Behauptung die praktische Spitze dadurch selbst wieder ab, daß er auf S. 219ª für die deutschen Reichsgesetze eine wesentliche Restriktion hinzufügt. Diese will er nämlich insoferne und insoweit auch heutzutage noch als gemeines Recht im eigentlichen Sinne gelten lassen, als ihr Inhalt in die gemeine Gewohnheit übergegangen sei; was aber wohl überall und in allen Beziehungen der Fall sein wird, wo dieselben gegenwärtig noch eine praktische Geltung besitzen.

c) Die auf S. 212ᵇ und 213ª aufgestellte Behauptung, daß ein gemeines Recht mit absolutem Charakter, welches keinen entgegenstehenden partikulären Rechtssatz zuläßt, nur und allein auf dem Wege der Gesetzgebung entstehen könne. Weshalb soll nicht auch durch Volksgewohnheit eine solche

absolute Norm geschaffen werden können, z. B. ein Maximum des Zinsfußes? Geschichtlich lassen sich manche derartige Gewohnheitsrechte mit absoluter Kraft und Geltung nachweisen, z. B. der Grundsatz, daß der Richter das Recht seines Landes kennen müsse; daß es auf die Benennung der Klagen im heutigen Prozesse nicht mehr (gleich wie im römischen) ankomme; daß die logische Interpretation der grammatischen nicht absolut widersprechen dürfe; daß der Richter das Recht und beziehungsweise die Pflicht habe, die Gesetze nach ihrer formellen Seite, d. h. hinsichtlich ihrer verfassungsmäßigen Existenz, einer Prüfung zu unterziehen rc. rc.

d) Der auf S. 219[a] ausgesprochene Grundsatz, daß zum Gewohnheitsrechte wenigstens eine allgemeine Anerkennung der Gewohnheit als Rechtsquelle von Seiten der Staatsgewalt gehöre. Zwar wird eine solche allgemeine, wenigstens stillschweigende, Anerkennung wohl niemals und nirgends fehlen. Allein mit den richtigen, von Bruns adoptirten und in vielfacher Anwendung auf einzelne Fragen treffend entwickelten, Grundprinzipien über das Gewohnheitsrecht läßt sich die Aufstellung eines solchen Requisites nicht wohl in Einklang bringen [72]).

---

72) Unter seinen desfallsigen, entgegenstehenden Aeußerungen wollen wir hier beispielsweise nur die folgenden hervorheben. Auf S. 211[a] u. [b] bemerkt er: „Der Faktor des Gewohnheitsrechtes ist nicht der politische Begriff des Staates, sondern der natürliche Begriff des Volkes". — Den Ausgangspunkt für dasselbe bildet nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung des Volkes." — „Von dem Dasein einer gemeinschaftlichen Gesetzgebungsgewalt ist diese gewohnheitsrechtliche Bildung eines gemeinen Rechtes an sich völlig unabhängig. Allerdings versteht sich von selbst, daß das Dasein einer solchen Gewalt und überhaupt eines engen politischen, namentlich staatsrechtlichen Verban-

e) Die von ihm am Schlusse seiner Abhandlung kundgegebene Hoffnungslosigkeit in Betreff der künftigen Fortdauer und Wiedererstehung des gemeinen deutschen Rechtes, indem er bemerkt: „Es wird die Zeit nicht allzu fern sein, wo, wie schon jetzt im Strafrechte, so im ganzen Rechte nur eine Reihe verschiedener, mehr oder weniger ähnlicher Gesetzbücher da sein, das alte gemeine Recht nur noch in wenigen kleineren Staaten bleiben, und die alte Rechtseinheit von Deutschland nur noch in der Erinnerung und der Wissenschaft fortleben wird."

Ueber die Zukunft und über Hoffnungen läßt sich natürlich nicht streiten. Es liegt in der Hand der göttlichen Vorsehung, der deutschen Nation auch hinsichtlich jenes Mittelpunktes der heißesten Wünsche vieler ihrer edlen Genossen ihre Wege, Lebensgeschicke und Endziele anzuweisen! Allein so

---

des des Volkes faktisch sehr wesentlich für die Bildung von allgemeinen Rechtsgewohnheiten in ihm sein muß. Denn je größer die politische Einheit eines Volkes ist, um so einheitlicher kann und muß sich natürlich auch seine Nationalität und sein gesammtes Rechtsleben gestalten. Ohne eine gewisse staatsrechtliche Einheit kann eine gemeinsame Rechtsbildung nur schwer aufkommen, und vollständige spätere politische Trennung wird auch die Gemeinsamkeit des Rechtes allmälig wieder aufheben. Allein von diesem faktischen und mittelbaren Einflusse einer staatsrechtlichen Einheit ist natürlich die eigentliche rechtliche Nothwendigkeit derselben wohl zu unterscheiden. Rechtlich kann man weder die Entstehung noch die fortdauernde Kraft solcher Gewohnheiten auf das Dasein einer allgemeinen Gesetzgebungsgewalt und Staatsvereinigung zurückführen. Wenn diese auch da ist, so entstehen die Gewohnheiten doch nicht aus ihr, sondern unmittelbar aus dem Volke selber, und bekommen ihre Kraft nicht von der Gesetzgebung, sondern aus der Ueberzeugung und Gewohnheit des Volkes. Sie können eben deshalb aber auch entstehen, wenn keine solche Gewalt da ist, oder wenn sie so schwach und bedeutungslos ist, wie die des deutschen Reiches in den letzten Jahrhunderten".

viel wird sich wohl als ein erfreuliches Resultat der in dem vorliegenden Werke gelieferten Deduktionen feststellen lassen, daß für die Zuversicht auf die dereinstige Wiedererstehung einer national-deutschen Gesetzgebung eine solidere, festere und gediegenere Grundlage gewonnen sein dürfte, falls sich die hier vertretene Auffassung des heutigen gemeinen Rechtes als eine richtige und wahre erproben sollte. Vielleicht könnte auch in dem gegenwärtig mit unverkennbarer Kraft und höherer Lebendigkeit wiedererwachten deutschen Nationalgefühle eine Anzeige dafür gefunden werden, daß der Partikularisations-Trieb in der Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten bereits seinen Höhepunkt zu erreichen, und zur Uebersättigung vorzuschreiten beginne, so daß der Zeitpunkt nicht allzuferne sein könnte und möchte, wo die Nation ihre besseren und edleren Kräfte dem gemeinschaftlichen, und dereinst wohl auch dem gemeinen Gesetzgebungs-Werke wieder zuwenden wird!

B. Ernst Theodor Gaupp gibt in seiner, manche höchst schätzbare und beachtenswerthe Bemerkungen enthaltenden, Schrift über „die Zukunft des deutschen Rechtes", Breslau 1847, §. 9, S. 32—37, eine eigene (kurze) Ausführung über den Begriff des gemeinen Rechtes, welche er mit der Aeußerung, einleitet, daß ihm Derjenige noch immer nicht Eulen nach Athen zu tragen scheine, welcher diesen Begriff etwas mehr in's Klare zu setzen suche. Hiebei scheidet er nun zunächst einige Erfordernisse aus, welche nach seiner Ansicht (gleich wie auch nach der unsrigen) nicht zu dem Begriffe des gemeinen Rechtes gehören. Als ein solches außerwesentliches Moment bezeichnet er nämlich einerseits das Dasein eines

legalen Codex, worin sich das gemeine Recht in ganz bestimmter Form niedergelegt finde. Bei der näheren Begründung dieses Satzes thut er auf S. 32 u. 33 den sehr treffenden, — freilich von ihm bloß auf das sog. deutsche Privatrecht im eminenten Sinne beschränkten, von uns dagegen für das Grundwesen des ganzen gemeinen deutschen Rechtes, beziehungsweise aller seiner einzelnen Gebiete und Theile, als richtig erkannten und verfochtenen, — Ausspruch: „Auch für unser gemeines deutsches Privatrecht fehlt es an einem solchen Codex; es ist im technischen Sinne des Wortes ein ungeschriebenes Recht, getragen von der Wissenschaft, die sich gerade hier in der lebendigsten Bewegung befindet, und mit jugendlicher Frische dahin strebt, dem vaterländischen Rechte auch im Leben selbst immer mehr Grund und Boden zu verschaffen" [73]).

Auf der anderen Seite erklärt er für ein gleichfalls nicht zum Wesen des gemeinen Rechtes gehöriges Requisit den Umstand, daß die demselben bekannten Rechtsinstitute in dem Lande, in welchem es gelte, auch wirklich überall im Gebrauche seien. Dieser Satz hat übrigens wiederum seine spezifische Bedeutung nur für das deutsche Privatrecht im engeren und eminenten Sinne.

---

73) Ueber die Auffassung des Gewohnheitsrechtes von Seiten der historischen Schule, namentlich Hugo's, Savigny's und Eichhorn's, äußert er sich übrigens auf S. 94—96 ganz in ähnlichem Sinne, wie Ihering, indem er derselben vorwirft, daß sie das Walten der Freiheit in der Gestaltung des Rechtes zu geringe anschlage, und daher die Funktion und Bedeutung der Gesetzgebung verkenne. Wenn er in solcher Richtung sogar den Satz aufstellt: „Unter diesen Umständen war es kaum anders möglich, als daß die historische Schule bei streng festgehaltener Consequenz ihrer Grundprinzipien in ein schiefes Verhältniß zur Gegenwart gerathen mußte": so können wir zur Widerlegung dieses Vorwurfes, insoweit er gegen die Häupter jener Schule selbst gerichtet ist, lediglich auf unsere früheren Ausführungen auf S. 175—178 Bezug nehmen.

Den Schwerpunkt des gemeinen Rechtes verlegt er nun aber in die Rechtssätze, und bestimmt demgemäß dessen Begriff dahin, das es dasjenige Recht sei, dessen Sätze auf alle irgendwo vorkommenden Rechtsinstitute zur Anwendung kommen müßten, sobald nicht partikuläre, demselben vorgehende, Rechtsnormen vorhanden wären. Seine Ansicht über die Art und Weise, in welcher diese gemeinrechtlichen Sätze, welche und insoweit sie auch heutzutage noch gelten, gefunden werden können, kommt dem von uns vertretenen Standpunkte sehr nahe. Ueber, beziehungsweise gegen die Abstraktion der übereinstimmenden Elemente der Partikularrechte äußert er sich in einem ähnlichen Sinne, in welchem wir Dies bereits mehrfach gethan haben, indem er bemerkt, daß man auf solchem Wege höchstens zu einer zufälligen Uebereinstimmnug verschiedener Rechte, aber nicht zu einem wahren gemeinen Rechte gelangen würde (S. 35). Er verlangt dagegen eine historische Erforschung der leitenden Grundgedanken und Ideen der Rechtsinstitute, welche den gemeinsamen Lebensgeist aller Partikularrechte bildeten, und zu allen Zeiten vorhanden gewesen seien. Das gemeine Recht erklärt er daher auf S. 36 als das System dieser nationalen Grundgedanken nebst ihren logischen Consequenzen. Ueber die Methode für die Aufsuchung und Auffindung dieser Grundideen äußert er sich übrigens nicht in einer näheren, motivirten Darstellung, indem er blos die allgemeine Andeutung gibt, daß man hiebei in einer ähnlichen Art verfahren müßte, wie man beim Sprachstudium die gemeinsamen Wurzeln und Hauptformen veschiedener Dialekte eines großen Sprachstammes aufzusuchen pflegte (S. 35). Er scheint also mit der in der heutigen Wissenschaft herrschenden, historischen Methode sich begnügen zu wollen, und stimmt demzufolge im materiellen End-

ergebnisse mit unserer Auffassung des wissenschaftlichen Rechtes überhaupt und des heutigen gemeinen Rechtes insbesondere wohl durchaus überein, wenn gleich hinsichtlich der formellen Herleitung und Begründung jenes Resultates mancherlei Differenzpunkte bestehen mögen.

C. Julius Weiske entwickelt in einer recht guten Abhandlung „über die Bedeutung des gemeinen Rechtes" in seinen: „Praktischen Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechtes, Leipzig 1847, Heft 3, S. 1—30, manche Gedanken, welche mit den hier vertretenen vollkommen übereinstimmen. Namentlich beruhen seine treffenden Aeußerungen über den einheitlichen Zusammenhang unseres heutigen gemeinen, aus dem römischen und deutschen Elemente bestehenden, (praktischen) Rechtes auf derselben Grundanschauung, wie die von uns in der ersten Abtheilung S. 406 u. 407 hierüber gegebenen Andeutungen [74]).

Seine ganze Ausführung faßt übrigens, gleich der von Gaupp, nur das deutsche Privatrecht im eminenten Sinne

74) Besondere Beachtung in dieser Beziehung verdient der folgende Ausspruch auf S. 22: „Wie bei der Darstellung des heutigen römischen Rechtes alles das römische Recht ausgeschlossen bleibt oder bleiben sollte, was gegenwärtig in Deutschland unanwendbar ist, so gehört auch in die Darstellung des heutigen deutschen Privatrechtes gleichfalls nur Das, was anwendbar ist. Beides zusammen und sich gegenseitig ergänzend bildet eben das gemeine Recht unserer Reichs- und Landesgesetze. Faßt man die Sache so auf, so kommt auch nichts weiter auf den Ausdruck gemeines Recht an, man kann nämlich statt dessen auch wohl sagen, wir haben zwei gemeine Rechte, das römische und das deutsche, nur muß man sich dann beide in ihrer gegenseitigen Beziehung zu einander denken. Beide zusammen müssen immer ein Recht, das in Deutschland anwendbare, bilden, und dies nannte man eben früher wenigstens das gemeine, kaiserliche Recht."

ins Auge, und ihre Haupttendenz ist dahin gerichtet, den Nachweis zu führen, daß schon die Reichsgesetze auf dieses, als auf ein gemeines Recht mit praktischer Anwendbarkeit, verwiesen haben. Auf die uns hier interessirende Hauptfrage nach der Existenz, Natur, Eigenschaft und Bedeutung des heutigen gemeinen Rechtes überhaupt geht er dagegen nicht näher ein, indem er rücksichtlich ihrer auf S. 12 geradezu auf Wächter's mehrbesprochenes Werk Bezug nimmt.

In Betreff des Juristenrechtes insbesondere bekennt er sich zwar auf S. 29 ausdrücklich zu der Auffassung Puchta's; allein die wenigen Andeutungen, welche er über dasselbe gibt, dürften kaum auf eine klare, sichere und consequent durchgeführte Erkenntniß der verschiedenen, hiebei in Betracht kommenden Fragen schließen lassen.

D. Heinrich Zöpfl stellt in einem sehr interessanten und schätzbaren Aufsatze über „das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechtes, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzbücher", in Reyscher's und Wilda's Zeitschrift für deutsches Recht (1840), B. IV. S. 91—123, einige Sätze auf, welche unser Hauptproblem direkt berühren. Indem er nämlich an die Aeußerungen Heffter's über den Untergang des seitherigen gemeinen deutschen Criminalrechtes und dessen Uebergang in die neueren Strafgesetzbücher anknüpft, bemerkt er: „Wir dürfen aber wohl eine Hoffnung noch hinzufügen, den Ausdruck innerster Ueberzeugung: wenn auch jeder deutsche Staat seine besondere Legislation erhalten haben wird, so wird dennoch ein gemeines Recht bleiben, wenn auch dessen Begriff sich etwas anders, als noch heutzutage bestimmt, — es wird eine gemeine Rechtsanschauung, eine Gemeinsamkeit der

Grundansichten bleiben, so lange Deutschland seine Nationalität bewahren, so lange nicht der deutsche Nationalcharakter von Grund aus zerstört sein wird, was nur mit dem Untergang des deutschen Volkes geschehen könnte! Die Wissenschaft wird sodann eine neue Aufgabe erhalten, — das Gemeinsame im Besonderen aufzusuchen und, was äußerlich getrennt erscheint, in einem höheren Prinzipe zu vereinen!"

Obwohl hier Zöpfl von demselben materiellen Grundgedanken der mit der deutschen Nationalität verknüpften Existenz und Fortdauer des gemeinen Rechtes sich leiten läßt, welchen wir in der ersten Abtheilung S. 281 u. 403, in Uebereinstimmung mit Stein, ausgesprochen haben [75]): so scheint er dennoch in formeller Beziehung zu der von Hepp und einigen anderen Schriftstellern vertheidigten, im zweiten Capitel jener Abtheilung von uns einer kritischen Betrachtung unterzogenen, Auffassung, sich zu bekennen. Als einen Vertreter dieser Theorie, welche die Fortdauer eines, durch die Partikularrechte vermittelten und aus denselben zu schöpfenden, materiell-

75) Aus diesem Grunde hat auch Wächter seinen, oben in der Note 156 näher beleuchteten, Einwurf gegen Stein und Zöpfl gleichmäßig gerichtet. —

Von den in gleicher Richtung gelegenen, Aeußerungen Zöpfl's verdient insbesondere die folgende auf S. 117 eine vorzügliche Beachtung: „Sehr treffend hat Gaupp vor Kurzem die Bemerkung ausgesprochen, daß Vielen, welche vom Standpunkte des sog. Natur- oder Vernunftrechtes aus das römische Recht bekämpften, vollkommen unbewußt war, daß sie für die Annerkennung germanischer Rechtssätze stritten; aber das ist eben die Kraft des Nationalen, der Beweis, daß noch die Individualität eines Volkscharakters nicht erloschen, daß noch schöpferische Kraft in dem Marke eines Rechtslebens vorhanden ist, wenn den Denkern aus diesem Volke in späten Jahrhunderten noch ebenso Das als das Richtige, als das Vernunftgemäße erscheint, und von ihnen als praktisch anzuerkennen gefordert wird, was schon die Vorwelt als das Richtige empfunden, und im Drange des Gefühles als Recht geübt hat."

gemeinen Rechtes statuirt, bezeichnet ihn auch Geib an der ebendaselbst in Note 86, S. 145 angeführten Stelle.

E. Ueber Reinhold Köstlin haben wir in der ersten Abtheilung S. 239 u. 240 uns dahin ausgesprochen, daß wir nach dem Inhalte seiner criminalistischen Werke die Frage nicht mit vollkommener Sicherheit und Zweifellosigkeit zu lösen vermöchten, zu welchem der verschiedenen Systeme hinsichtlich der Auffassung unsereres Grundproblemes er sich bekenne? Zu gleicher Zeit haben wir unser Bedauern über den mißlichen Umstand geäußert, daß durch Köstlin's Tod das Erscheinen der, von ihm angekündigten, „geschichtlichen Einleitung", worin er auch jener Cardinalfrage eine nähere Besprechung widmen wollte, vereitelt worden sei. Unterdessen hat nun aber Th. Geßler der dankenswerthen Mühe sich unterzogen, diese geschichtliche Einleitung aus Köstlin's hinterlassenen Papieren unter dem Titel: „Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß", Tübingen 1859, herauszugeben. Durch die hierin auf S. 248—254 gegebenen Erörterungen haben nun auch unsere früheren Zweifel ihre vollständige Lösung gefunden. Köstlin tritt nämlich an dieser Stelle der Wächter'schen Auffassung in aller und jeder Beziehung bei, erklärt demzufolge das gemeine deutsche Strafrecht für ein rein geschichtliches Element ohne (unmittelbare) praktische Bedeutung, und will dessen Darstellung namentlich der philosophischen Rechtsgeschichte zuweisen. „Ohne Zweifel haben die neuen Straf-Gesetzgebungen —, bemerkt er in solcher Richtung auf S. 254, — sogar mehr materiell gemeines Recht, als es die einzelnen deuschen Territorien während des vorigen Jahrhunderts hatten. Trotzdem ist es jedoch durchaus

unzulässig, fortan noch von einem geltenden gemeinen deutschen Strafrechte zu reden, weches am wenigsten durch Abstraktion des Gemeinsamen aus den einzelnen neuen Strafgesetzbüchern gebildet werden könnte, weil dies wegen der Souveränetät der einzelnen Staaten ohne alle praktische Bedeutung wäre. Vielmehr ist das praktische Strafrecht eben nur als Partikularrecht vorhanden, und die Darstellung des deutschen Strafrechts kann nur noch die Aufgabe der Rechtsgeschichte, und zwar, wenn sie ihren wahren Werth für Gegenwart und Zukunft haben soll, der philosophischen Rechtsgeschichte sein."

Das Wesen dieser philosophischen Rechtsgeschichte charakterisirt er in einer Note mit den folgenden, wenigen Worten: „Die Polemik hiegegen bei Wächter, Gemeines Recht Deutschlands S. 254—258, beruht auf einem Mißverständnisse, da keineswegs die Meinung ist, daß die Philosophie der Rechtsgeschichte ein praktisch gemeines Recht darstellen könne, hierüber vielmehr volle Uebereinstimmung mit Wächter herrscht, andererseits aber hier auch nicht unter Philosophie das oberflächliche Abstraktum, welches dieser unterschiebt, sondern die Erkenntniß und Darstellung des spezifisch deutschen Rechtsgeistes und seiner ideegemäßen Entwicklung verstanden wird."

In einer zwar sehr scharfen und derben, aber klaren und prägnanten Weise legt Köstlin seinen, unserer Auffassung der deutschen Rechtszustände der Gegenwart diametral entgegenstehenden, Standpunkt in der Einleitung und der Schlußbemerkung zu der, im 4ten Bande von Goltdammer's Archiv für preußisches Strafrecht veröffentlichten, Abhandlung über die Unterschlagung dar, welche Einleitungs- und Schluß-Worte Geßler gleichfalls in das eben genannte Werk S. 255—261 aufgenommen hat. Diese drastische Darstellung

kann besonders dazu benützt werden, um einen vollkommenen Einblick in die durchgängige und folgenreiche Verschiedenheit zu gewinnen, welche zwischen beiden Anschauungsweisen herrscht, und zwar namentlich mit Rücksicht auf die für die Zukunft der Gesetzgebung und Wissenschaft des deutschen Strafrechtes eröffnete, so trübselige Perspektive, welche er auf S. 260 mit den bitteren Worten zeichnet: „Wir werden, ganz offen gesagt, sehr bald gar kein deutsches Strafrecht mehr haben, sondern nur noch ein österreichisches, preußisches, sächsisches, bairisches, württembergisches, hannöverisches, braunschweigisches, oldenburgisches, hessisches, badisches, nassauisches, Sachsen-weimarisches, Koburg-gothaisches, meiningisches, anhaltisches, schwarzburgisches, reußisches jüngere Linie, u. s. f. — Freilich wird das Strafgesetzbuch für den reußischen Staat jüngerer Linie eine weniger bedeutende Doktrin und Praxis groß zu ziehen vermögen, als das österreichische und preußische. Allein auch die österreichische und preußische Strafrechtswissenschaft wird nicht zu beneiden sein. Sie wird zwar nicht dem unausbleiblichen Versinken und Verdumpfen verfallen, welches der Partikularrechte von geringerem und geringstem Gebietsumfange wartet. Aber einer traurigen Halbheit, einer fröstelnden Oede, einem unheimlichen Gefühle trostloser Isolirtheit und Heimathlosigkeit wird sie bei allem Talent ihrer Bearbeiter nimmermehr entgehen können. Welche Früchte soll der Ast noch tragen, wenn der Stamm allmälig unaufhaltsam verdorrt?“

Das einzige Rettungsmittel erblickt er in der Aenderung der Richtung der Gesetzgebung, indem er ebendaselbst bemerkt: „Meine Ueberzeugung ist aber, daß die Wissenschaft eben jetzt in einer furchtbaren Klemme sich befindet, daß von ihr nicht die Rettung, sondern höchstens die Hinhaltung der tödtlichen Krisis des deutschen Strafrechtes erwartet werden kann. —

Mit Recht schließt auch Wächter seinen Aufsatz damit, daß es eine der wichtigsten Aufgaben der deutschen Regierungen sei, den Partikularismus auf dem Gebiete des Rechtes zu überwinden, und zum großen Werke einer gemeinsamen Gesetzgebung sich zu einigen. Das ist der springende Punkt. Nur die Gesetzgebung kann helfen; und sie muß helfen, wenn nicht alle bisherige Errungenschaft der deutschen Wissenschaft im strafrechtlichen Gebiete unrettbar verloren gehen soll."

F. Wenn wir nun schließlich auch noch die in das Gebiet unserer Fragen einschlagenden Schriften von Friedrich Noellner in näheren Betracht ziehen wollen; so müssen wir unsere vorzüglichste Aufmerksamkeit seinen beiden Hauptwerken zuwenden, welche die Titel führen: „Die deutschen Juristen und die deutsche Gesetzgebung seit 1848, zugleich als Prognose für nationale Rechtsreform; Kritik für Gebildete aller Stände", zweite Auflage, Cassel 1855 — und ferner: „Die deutschen Einheitsbestrebungen im Sinne nationaler Gesetzgebung und Rechtspflege, mit Benutzung amtlicher Urkunden", Leipzig 1857. Beide Werke haben, wie bei dem ersteren schon der Titel besagt, keine streng-wissenschaftliche, sondern eine mehr populäre Form und Haltnng, indem sie für ein größeres, gebildetes Publikum („für die allgemeine deutsche Intelligenz"), nicht etwa blos für Juristen bestimmt sind. Beide Werke haben überdies vorzugsweise eine politische Farbe, und verfolgen nach ihrer vorwiegenden Richtung eine politische Tendenz, so daß sie auch nach dieser Seite hin, in Gemäßheit des in der Vorrede zur ersten Abtheilung gezeichneten Grundcharakters unserer vorliegenden Schrift, von einer näher eingehenden Würdigung an gegenwärtiger Stelle gänzlich ausgeschlossen bleiben

müssen [76]). Auf der anderen Seite dagegen fühlen wir uns durch den großen Einfluß und die unverkennbare Bedeutung, welche Noellner's, von einem feurigen Patriotismus beseelte, Schriften bereits gewonnen haben, und vielleicht künftighin in einem noch höheren Grade gewinnen könnten, dringend aufgefordert, wenigstens nach seinen gröberen Umrissen, das Verhältniß zu zeichnen, in welchem dessen Anschauung und Deduktionen zu der hier vertretenen Auffassung stehen [77]).

In solcher Richtung bedarf es wohl zunächst kaum der ausdrücklichen Hindeutung, daß wir sowohl hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzung, als auch hinsichtlich des letzten Endzieles für die legislativen Bestrebungen in Deutschland in einer vollkommenen materiellen Uebereinstimmung mit Noellner uns befinden, da der ganze Inhalt des vorliegenden Buches hiefür ein klar redendes und unzweideutiges Zeugniß liefert. Noellner verlangt und erstrebt nämlich eine, durch den Deutschen Bund zu bewirkende, National-Gesetzgebung für alle deutschen Länder und für den gesammten Umfang des Rechtes (ähnlich wie für das Wechsel- und Handelsrecht),

---

76) Aehnliche Gedanken, wie in seinen beiden genannten Werken hat Noellner auch in einer — in der Vierteljahrsschrift, Jahrg. 1858, 4. Heft, Nr. 84, S. 1—42, veröffentlichten — Abhandlung über „die Nothwendigkeit und Ausführbarkeit einheitlicher deutscher Gesetzgebung" ausgesprochen. Auch hierin stellt er der Bundesversammlung die Aufgabe, die Ausführung eines solchen Nationalwerkes in dem gesammten Rechtsgebiete auf eine ähnliche Weise zu vermitteln, wie die Handels-Gesetzgebung.

77) Wir verdanken es einer, in Gersdorf's Repertorium der deutschen und ausländischen Literatur, 16ter Jahrgang von 1858, B. 4, S. 261—263, erschienenen, sehr wohlwollenden Beurtheilung der ersten Abtheilung des vorliegenden Buches, daß sie uns auf die Schriften Noellner's aufmerksam gemacht, und auf deren nähere Berücksichtigung hingewiesen hat.

und bezeichnet zugleich als die förderlichste und allein ausreichende Grundlage für dieses großartige National-Werk die strenge Durchführung des reinen monarchischen Prinzipes in allen deutschen Ländern. Gleich uns, faßt er übrigens die zu erstrebende Einheit der Gesetzgebung und des Rechtes in Deutschland keineswegs als eine absolute Gleichförmigkeit auf; sondern er will vielmehr die Verschiedenheit und Individualität der einzelnen Volksstämme neben jener Einheit thunlichst geachtet und gewahrt wissen. Im Allgemeinen nimmt er hinsichtlich der Frage nach einer (nationalen) deutschen Gesetzgebung den bereits von Thibaut und Gönner vertretenen Grundgedanken wieder auf, indem er sich nur bemüht, demselben eine, den heutigen staatlichen Verhältnissen Deutschlands angepaßte politische Unterlage zu verleihen.

Obwohl wir nun auf der einen Seite die sehr große Belesenheit, die mehrseitige Bildung, den reinen Eifer, die unverkennbare Energie des sittlichen Willens und die glühende Vaterlandsliebe Noellner's gerne anerkennen; obwohl wir ferner hinsichtlich des letzten Endzieles der legislativen und rechtsbildenden Bestrebungen der deutschen Volksstämme, wie bereits angedeutet, (materiell) vollkommen mit ihm einverstanden sind: so können wir dennoch auf der anderen Seite nicht verschweigen, daß uns die wissenschaftliche Grundlage, auf welcher sein ganzer Standpunkt und alle seine Deduktionen beruhen, als eine durchaus unzulängliche und mangelhafte erscheint. Seine sämmtlichen Argumentationen und Reflexionen, welche schon äußerlich einen mehr rhapsodischen Charakter an sich tragen, sind keineswegs aus einer wahrhaften, rein und consequent durchdachten, wissenschaftlichen Grundanschauung hervorgegangen, leiden deshalb an vielfachen inneren Widersprüchen, und ermangeln über-

haupt der (logischen) Zucht, Ordnung und Harmonie wissenschaftlicher Gedanken. Dieses Urtheil wollen wir nun mit Rücksicht auf die hier uns interessirenden Fragen durch die Beleuchtung der (einschlägigen) vornehmlichsten Ausführungen Noellner's zu begründen suchen.

Zuvörderst tritt uns in den Schriften Noellner's als ein Punkt, welcher besondere Aufmerksamkeit verdient, seine aller Orten mit großer Heftigkeit ausgesprochene Opposition gegen die sog. historische Schule, und zwar vorzugsweise gegen die heutigen Romanisten, entgegen. Gleichwohl spricht er selbst sein vollkommenes Einverständniß mit dem prinzipiellen Standpunkte jener Schule in dem Werke über die „deutschen Juristen" S. 66 mittelst des folgenden Satzes aus: „Die organische Erscheinung jedes Volkes bildet eine Einheit, welche jedoch die einander ablösenden Geschlechter durchschreitet, die Gegenwart mit der Vergangenheit und Zukunft verbindet. Das Recht ist daher nur einer allmäligen Fortbildung nach dem historischen Volksgeiste fähig, jede plötzliche Erschütterung rächt sich durch Schwankungen, welche das Rechtsbewußtein des Volkes und damit die Civilisation stören." Diesen Ausspruch könnte man gleichsam als das Programm der geschichtlichen Rechtsschule betrachten.

In gleichem Sinne bezeichnet er ebendaselbst S. 75, indem er ausdrücklich der Savigny'schen Auffassung zustimmt, das Gesetz als das Organ des Volksrechtes und den Gesetzgeber als den wahren Vertreter des Volksgeistes. — Mit dieser Grundanschauung harmoniren auch mancherlei Aeußerungen in dem Werke über „die deutschen Einheitsbestrebungen", z. B. auf S. 1: „Nation, Nationalgefühl, Nationalcharakter sind keine Begriffe schwärmerischer Ideologie, sie sind der Ausdruck lebensvoller Wahrheit, an welche sich alle höheren,

edleren Leistungen der Individuen reihen, in welchen sie Erhebung, Stärke, Aufschwung finden im Streben mit anderen Nationen zur Annäherung nach dem letzten Ziele alles menschlichen Wissens." — S. 2: „Jetzt bewegt sich die deutsche Geschichte bestimmt nach der Darstellung der Gesammtheit der Nation; die Ansichten sind vielfach geeinigt, weil die blinde Schwärmerei für politische Theorien, für formelle Verfassungsfragen u. drgl. nachgelassen, dagegen der Blick auf die realen Kräfte, auf die sittlichen, rechtlichen und materiellen Grundlagen sich gelenkt hat. Auch die Rechtswissenschaft hat sich mehr einheitlich nationalisirt."

Im consequenten Zusammenhange mit diesen prinzipiellen Ausgangspunkten erklärt er ferner a. a. O. S. 134 u. 135 (im vollen Einverständnisse mit Zöpfl) den Gegensatz partikulärer Eigenthümlichkeit und nationaler Einheit, gleich wie deren harmonisches Verhältniß, für einen Charakterzug der deutschen Nation und behauptet, daß die in ihr historisch ausgeprägten Partikularitäten selbst nationale Verschiedenheiten seien.

Wie vertragen sich nun aber mit solchen richtigen Prämissen die gewaltigen, so häufig wiederkehrenden und einander überbietenden, Diatriben Noellner's gegen unsere vorhandenen, positiven und aus einer vielhundertjährigen Entwicklung hervorgegangenen, Rechtszustände, gegen die geschichtliche Rechtsschule und gegen die heutigen deutschen Juristen überhaupt? Man vergleiche beispielsweise nur die animosen Aeußerungen in der Schrift „über die Juristen" S. 74, 75, 88, 89, 100, 101, 103, 104, 110, 117, 173 u. 174; in der über „die Einheitsbestrebungen" S. 129, 2c.

Aus diesen heftigen Ergüssen wollen wir hier nur einige

in wortgetreuer Fassung aufnehmen, indem wir glauben, daß sie mehr, als genügend sein werden, um den angedeuteten Contrast recht anschaulich zu machen. — „Es ist wahr, — sagt er a. a. O. S. 74 u. 75, — es bestand vor 1848 und besteht theilweise noch ein weit ausgebreitetes Netz, durch welches das Recht, wie es den Verhältnissen und gerechten Ansprüchen des deutschen Volkes entspricht, entstellt und verkümmert wird, es wurde eine Rechtstheorie und Praxis ersonnen, welche das Recht an die Juristen auslieferte, und sie, statt des Gesetzes, zu Herren dieses Rechtes erhob, welches in Dunkel gehüllt und dem Volksbewußtsein entgegen, das Volk den Juristen tributpflichtig machte. Dieses ist das „Juristenrecht", gegen welches der offene Sinn des Volkes sich empört, dieses der Punkt, in welchem jeder deutsche Jurist, dessen Denkkraft und Patriotismus nicht durch scholastisten Nebel und kleinliche, grüblerische Weisheit verdüstert ist, die Ansprüche an das „Volksrecht" nicht blos anerkennt, sondern, als thätiges Glied des Volkes, als praktischen Beruf für sich aufnimmt und mit Bestimmtheit fordert."

S. 100 u. 101: „Die historische Schule ist es, welche dem Rechte seine Volksthümlichkeit entzogen, und nicht blos die Nation gegen die Jurisprudenz, sondern auch alle patriotischen Rechtskenner gegen eine solche Theorie und für die Ansicht der Werthlosigkeit der gesammten Rechtswissenschaft in Harnisch gebracht hat. — Mag auch in Bezug auf das römische Recht von Savigny uns versichern: alles Gelingen in unserer Wissenschaft beruhe auf dem Zusammenwirken verschiedener Geistesthätigkeiten; um eine derselben in ihren Eigenthümlichkeiten zu bezeichnen, sei von ihm und Anderen arglos der Ausdruck der historischen

Schule gebraucht worden, weil man diese Thätigkeit lange Zeit hindurch vor anderen versäumt habe; mag uns auch noch so zart empfohlen werden, unsere juristische Gelehrsamkeit aus jener Schule zu holen, — so kennen wir schon das weitschichtige, künstliche Werk Justinians, mit seinen trüben Quellen, ganz geeignet für gelehrte Forscher und ganz unpassend für das deutsche Volk mit dem geraden Sinne für Recht; wir wissen, was es für eine Bewandtniß hat mit diesen Controversen und romanistischen Nachgrabungen; es ist ferner bekannt, daß von der historischen Bildung „noch sehr wenig fertig geworden ist", und schon Gönner hat es bewiesen, daß insbesondere für die Gesetzgebung die historische Schule nichts Wesentliches geleistet, wohl aber zu deren Schaden gewirkt hat, daß in ihr die einzelnen Glieder als lebendige corpora juris civilis herumgehen, und durch sie die Köpfe der Studirenden verwirrt wurden, weil sie die Hälfte nur für die Schule in spem futurae oblivionis erlernen, daß endlich die „wahren Gesetztafeln" in der Meisterschaft der römischen Juristen bestehen, und jene Schule die Bundeslade bewahrt."

S. 103 u. 104: „Die Natur scheidet Alles von sich aus, was dem regelmäßigen Verlaufe der organischen Entwicklung widerstreitet, sie läßt alle Produkte einer künstlichen Bastarderzeugung unfruchtbar, weil das Leben sich nichts Fremdartiges aufdringen läßt, und wenn auch durch eine Reihe von Generationen der Typus der Natur durch menschliche Einwirkung verunstaltet erscheint, der Keim bewahrt seine regenerirende Kraft. So wird es auch mit dem nationalen Rechte des deutschen Volkes gegenüber dem falschen Pfropfreise der historischen Rechtsschule ergehen.

Die historische Schule und ihre Produktionen aus der

juristischen Petrefaktenkunde liefern die Beweise, — daß v. Kirchmann Recht hat, wenn er über eine solche Rechtswissenschaft ein Verdammungsurtheil aussprach, welches die weit überwiegende Mehrzahl der deutschen Juristen unterzeichnet."

„So oft sich auch die deutschen Juristen —, versichert er endlich, in: „Einheitsbestrebungen" S. 129, — bei den nationalen Regungen betheiligten, standen sie stets auf der Seite von Patrioten, welche die römisch-historische Rechtsschule als die gefährlichste Feindin nationalen Rechtes betrachteten [78]).

Gegen dieses einseitige, befangene und ungerechte Urtheil Noellner's über die geschichtliche Methode der heutigen

---

78) Das abschreckendste Gemälde der heutigen romanistischen Jurisprudenz und ihrer Vertreter, welches der von Beseler gelieferten Schilderung des deutschen Juristenrechtes an greller Färbung kaum nachstehen dürfte, entwirft er in der Schrift über die „deutschen Juristen" S. 117 mit folgenden Worten: „Man sieht, die spezifisch römisch-rechtliche Schule, welche nur sich und sonst nichts kennt und beachtet, sie ist das Hemmniß der nationalen Rechtsauffassung, sie findet ihr Ideal in der vollendeten historischen Begründung der Meinung eines römischen Juristen; die Anforderung der Gegenwart und die Heranbildung unserer Juristen zu rationeller Würdigung der Rechtsverhältnisse für's Leben kümmert sie nicht. Darum bilden alle jene kleinlichen, spitzfindigen, grüblerischen, dem Volke abgewandten, in ewigen Zweifelsgründen sich gefallenden, von jeder freien Auffassung entfernten, über die Scholle ihrer mechanischen Werkstätte nicht hinausgekommenen, Menschen den Typus jener deutschen Juristen, welche ein dunkler volksthümlicher Instinkt in der wichtigsten Abtheilunng des praktischen Rechtes von dem Urtheile ausschloß, damit jener verkehrte Sinn durch Geschworene der natürlichen Rechtsauffassung, dem Volkscharakter näher gerückt werde." — Zu vergl. auch dasselbe Werk S. 97. — Gegen eine solche grund- und maßlose Uebertreibung mancher, freilich nicht abzuläugnender, aber in Folge einer langwierigen geschichtlichen Entwicklung entstandener und daher nicht mit einem gewaltsamen Schlage urplötzlich zu beseitigender, Mängel in unserer heutigen juristischen Bildung gibt es keine bessere Entgegnung, als diejenige, welche Puchta an der oben S. 84 u. 85 angeführten Stelle gegen Beseler gerichtet hat.

Rechtswissenschaft und ihrer eminentesten Vertreter können wir das vortreffliche Wort Stahl's in seiner Philosophie des Rechts, dritte Auflage, B. 2, Abth. 1, §. 99, S. 521 kehren: „Historische Richtung und nationale Richtung sind so wenig Gegensätze, daß sie sich vielmehr gegenseitig bedingen, und jede, falls sie die andere bekämpft, damit nur sich selbst mißversteht [79])."

Wenn wir nun weiterhin die Frage erheben: was denn Noellner unter dem, von ihm verlangten, „nationalen" oder „volksthümlichen" Rechte verstehe, und woraus er dasselbe geschöpft wissen wolle?, so erhalten wir hierauf überall keine befriedigende Antwort. Gegen Beseler's „Volksrecht" und dessen ganz allgemeine und abstrakte Anweisungen für seine Auffindung erklärt er sich in: „Juristen" S. 82 u. 83 ausdrücklich, und gegen die Gesetzgebungen des Jahres 1848, und zwar namentlich gegen die dadurch eingeführten Schwurgerichte, tritt er durchgängig mit einer fast noch heftigeren und leidenschaftlicheren Polemik auf, als gegen die historische Rechtsschule. Was er dagegen selbst nach der positiven Seite hin vorbringt, leidet nicht minder an dem Mangel vager Allgemeinheit und völliger Unbestimmtheit, wie die von ihm verworfenen Beseler'schen Anweisungen. So sagt er z. B. S. 82: „Es kommt darauf an, was noch eine lebenskräftige Wurzel in unserem Rechtsleben hat und was dem gegenwärtigen Stande der Gesittung und des Verkehres entsprechend ist, worüber im Einzelnen die Ansichten auseinander-

---

79) Auch Stahl's vortreffliche kleine Schrift über: „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein", Berlin 1848, welche er vorzugsweise der Bekämpfung v. Kirchmann's gewidmet, gleich wie seine Ausführung in der Philosophie des Rechts, B. 2, Abth. 1, Cap. 4, §§. 25—28, S. 261—273, enthalten eine schlagende Kritik des Noellner'schen Standpunktes.

gehen.“ Auf S. 83 u. 84 behauptet er, daß es nur allgemeine Anhaltspunkte für eine volksthümliche Gesetzgebung gebe, deren Beschränkung lediglich von besonderen Verhältnissen abhänge; daß vor Allem die Betrachtung entscheide, wie bei dem mit jedem Jahre steigenden Völkerverkehre die Verschiedenheit des Rechtes immer mehr verschwinden müßte; daß als negatives Element der historische Widerwille des deutschen Volkes gegen die positive (formelle) Geltung des römischen Rechtes zu beachten sei, ꝛc. ꝛc.

Ueberdies ist seine betreffende Ausführung nicht frei von mehrfachen, eklatanten Widersprüchen. Während er z. B. auf S. 104 die strengste Positivität des Rechtes vertheidigt, eine Wissenschaft des geltenden Rechtes (im Gegensatze zu dem „natürlichen, im Volke lebenden“ Rechte) verlangt, und behauptet, daß die Philosophie und Politik nichts mit der Rechtsprechung zu schaffen hätten: so stellt er dagegen auf S. 132 u. 133 die Forderung an die Juristen, durch einen rechtsphilosophischen Ueberblick die tiefere Bedeutung der Rechtsinstitute zu begreifen; durch allgemeine humanistische Studien ihren Entscheidungen weniger eine streng rigoristische, als eine menschliche Seite abzugewinnen; durch einen regen Verkehr mit dem Volke und durch sorgfältige Beobachtung der Volksansichten in den Sinn des volksthümlichen Rechtes einzudringen, ꝛc. In solcher Richtung thut er sogar den denkwürdigen, ein frappantes Licht über seinen allgemeinen Standpunkt verbreitenden, Ausspruch: „Wir stellen eine solche allgemeine Bildung weit höher, als die gelehrtesten juristischen Kenntnisse, weil jene den praktischen Blick schärft, diese ihn trüben, weil jene das Wahre ohne alle Hindernisse erkennt, diese sich in minutiösen Nachforschungen

verlieren; und gerade darum muß auf die Erfüllung jener Bedingung vor Allem gedrungen werden, um die Anwendung des Gesetzes mit rationeller Gerechtigkeit zu vereinen." Zum Zwecke jener allgemeinen Bildung der Juristen empfiehlt er auch Reisen im großen Vaterlande und im Auslande, um sich hierdurch, gleich wie durch die eigene Anschauung des Volks- und Rechtslebens und durch allgemein bildende Studien, den freien Ueberblick des Rechtes zu verschaffen, unter welchem alle kleinlichen Betrachtungen verschwimmen würden. Auf S. 273 redet er jedoch wiederum der Rechtswissenschaft das Wort, erklärt das positive Recht für unzertrennlich von derselben, und behauptet, daß dasselbe, wenn es der Auslegung des Volksbewußtseins unterworfen werden wollte, zum blosen Scheine herabgesetzt würde. Dieses Volksbewußtsein könnte und dürfte daher niemals zur alleinigen Rechtsquelle und zum ausschließlichen Elemente bei der Rechtspflege erhoben werden. — Im gleichen Sinne versichert er auf S. 275 u. 276, daß der gesunde Sinn des Volkes, im Gegensatze juristisch bewußten Rechtsurtheiles, das ewige, wahre, gerechte Recht noch weniger herzustellen vermöge, als das positive Recht und die Rechtswissenschaft, da mit dieser letzteren die wahre Volksthümlichkeit nicht im Widerspruche stehe [80]).

Mit besonderer Rücksicht auf die berühmte Controverse über die Abfassung eines Gesetzbuches für ganz Deutschland

---

80) In einem direkten Gegensatze zu dieser Auffassung steht dagegen wieder die folgende Aeußerung auf S. 91: „Es gibt nur ein Recht, und dieses muß überall sichtbar bleiben, der schlichteste Menschenverstand erkennt dies sogleich mit gesundem Takte, während die Jurisprudenz das Recht theoretisch spaltet, und diese Spaltung in das Leben und die Gesetzgebung überträgt, ohne daß ein Jurist in dem gewohnten Gange seiner Lebensaufgabe jemals den Widerspruch bemerkt, in welchem er sich stets bewegt."

ergreift er, namentlich in: „Einheitsbestrebungen" S. 133—156, die Parthei Schmid's, Thibaut's und Gönner's, ohne die von Savigny wiederholt, und zwar vorzugsweise auch den Ausführungen des zuletzt genannten Schriftstellers gegenüber, vorgebrachten Gegengründe einer näheren Prüfung und sorgfältigen Erwägung irgendwie zu würdigen [81]).

Was endlich die Ansicht Noellner's über das Grundthema unserer gegenwärtigen Schrift betrifft, nämlich über die Frage nach der Natur und Eigenschaft des heutigen gemeinen Rechtes: so scheint dieselbe —, wie die Vergleichung seiner betreffenden Aeußerungen in dem Buche über die „deutschen Juristen" S. 77, 78 und 82, gleich wie in dem über die „deutschen Einheitsbestrebungen" S. 129, 154, 155, 159, 165 u. 166 lehrt, — mit der Wächter'schen Auffassung, auf welche er sich auch zu wiederholten Malen ausdrücklich beruft, völlig zusammenzufallen. Freilich vertritt er auch hierin wieder mancherlei mit der

81) Auf diese Codifikations-Frage werden wir, wie bereits mehrfach angedeutet, später nochmals zurückkommen. — Die, im Texte berührte, Entgegnung Savigny's auf die (von Noellner vielfach benützte und über Gebühr geschätzte) Schrift Gönner's über „Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit", findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. 1, H. 3, S. 373—423, und ist wiederabgedruckt in Savigny's „Vermischte Schriften", B. 5, S. 115 bis 172. —

Gegen Savigny überhaupt hat Noellner an vielen Stellen seiner beiden Werke eine scharfe Polemik gerichtet, welcher wir zumeist weder die innere Begründung, noch auch die, mit ernster Gründlichkeit und gewissenhafter Sorgfalt angestellte, unbefangene Erwägung der bekämpften Deduktionen zuzuerkennen vermögen. Insoweit sich jene polemischen Argumentationen Noellner's auf den prinzipiellen Standpunkt des Hauptes der sogenannten historischen Schule beziehen, kann der ganze Inhalt unserer gegenwärtigen Schrift selbst dieser Behauptung zum Belege dienen; im Uebrigen aber können wir hier natürlich den Beweis für ihre vollkommene Richtigkeit nicht erbringen.

letzteren unverträgliche Resultate und Gesichtspunkte. So statuirt er z. B. in dem letztgenannten Werke, S. 132, unter ausdrücklicher Anlehnung an Eichhorn, ein in den Schriften der Rechtsgelehrten niedergelegtes, durch die analoge Anwendung der Gesetze und durch die Abstraktion höherer Prinzipien aus den Partikularrechten gebildetes, gemeines Recht; ja in „Juristen" S. 112 erklärt er sich sogar mit Savigny und Puchta in der Auffassung der Wissenschaft als einer Quelle des positiven Rechtes geradezu einverstanden; so behauptet er ferner in „Einheitsbestrebungen" S. 166, daß es ein wenig praktischer Unterschied sei, ob Deutschland durch die Bundesversammlung ein formell, oder aber nur ein materiell gemeines Recht erlangen könnte, und er will sogar diese „feine Distinktion" nicht einmal als eine richtige anerkennen, 2c.

Allein alle diese und ähnliche Aufstellungen Noellner's beruhen gleichfalls nicht auf einer mit logischer Consequenz, innerer Harmonie und allseitiger Correktheit durchdachten, also nicht auf einer wahrhaft wissenschaftlichen Grundlage.

Drittes Kapitel.

Die Anwendung der Lehre Savigny's und Puchta's über die Rechtsquellen auf das vorliegende Grundproblem, beziehungsweise die aus derselben zu schöpfende Lösung der Frage nach der Existenz, Natur, Eigenschaft und Bedeutung des heutigen gemeinen deutschen Rechtes.

§. 14.

Nachdem wir in dem vorhergehenden Kapitel die Savigny-Puchta'sche Lehre über die Erzeugung, Entwicklung und Fortbildung des positiven Rechtes, beziehungsweise über die höchsten positiven Rechtsquellen, gegen die mannigfachen Anfechtungen, kritischen Einwürfe und (vermeintlichen) mehr oder minder eingreifenden Verbesserungen, welche sie von verschiedenen Seiten her in der neuesten Doktrin erfahren hat, zu vertheidigen, und solchergestalt ihre Hauptresultate sicher- und festzustellen gesucht: wollen wir nun auch vermittelst einer eingehenden Deduktion die Consequenzen näher darlegen und begründen, welche aus den Prinzipien jener Lehre für die Lösung des hier uns interessirenden Grundproblemes sich ableiten und entwickeln lassen.

Wir stellen demgemäß die folgende Behauptung an die Spitze unserer weiteren Ausführungen:

Das heutige gemeine deutsche Recht überhaupt, gleich wie das heutige gemeine deutsche Strafrecht insbesondere, ist ein wissenschaftliches Recht, und zwar in einem doppelten Sinne. Dasselbe ist nämlich einerseits, seiner Existenz und einem Theile seines Inhaltes nach, ein nationales, durch die theoretischen und praktischen Juristen Deutschlands getragenes und offenbartes, Gewohnheitsrecht, und andrerseits nach dem übrigen, weitaus vorwiegenden, Theile seines Inhaltes ein auf der inneren Wahrheit seiner Sätze beruhendes, durch wissenschaftliche Deduktion ermitteltes und erzeugtes, in steter Fortbewegung befindliches, doktrinelles Recht.

Wofern wir übrigens unsere Ausdrucksweise dem genaueren, von Puchta in seinen neueren Schriften befürworteten, Sprachgebrauche [82]) anpassen wollen, so müssen wir diesen Grundgedanken mit der entsprechenden Präzision folgender Maßen formuliren:

Das heutige gemeine deutsche Recht, beziehungweise das heutige gemeine deutsche Strafrecht, ist hinsichtlich seiner Existenz Juristenrecht, hinsichtlich seines Inhaltes

82) In seinem Buche über „Gewohnheitsrecht“ befolgt Puchta diesen präziseren Sprachgebrauch noch nicht, indem er mit dem Ausdrucke „Juristenrecht“ auch das rein wissenschaftliche Recht bezeichnet, wie die Vergleichung von Th. I. S. 161—166, Th. II. S. 14—21, S. 259, ꝛc. ꝛc. zweifellos beweist.

oder Stoffes dagegen zu einem Theile gleichfalls Juristenrecht, und zum anderen, weitaus überwiegenden, Theile wissenschaftliches Recht.

In dieser Materie befolgen nämlich Savigny und Puchta einen verschiedenen Sprachgebrauch, und Letzterem gebührt, meines Erachtens, das große Verdienst, durch die schärfere Präzisirung des Ausdruckes zugleich auch einen tieferen Einblick in das obwaltende, so schwierige Problem eröffnet zu haben. Savigny faßt in seinem „System des heutigen Römischen Rechts", B. I. §§. 14, 19 u. 20 die gesammte, theoretische und praktische, Thätigkeit des Juristenstandes, beziehungsweise den hierdurch auf die Erkenntniß, Anwendung und Fortbildung des Rechtes geübten Einfluß, unter der Bezeichnung: „wissenschaftliches Recht" zusammen, und er scheidet also das gewohnheitsrechtliche und das flüssige oder bewegliche Element in jener Rechtsbildung nicht äußerlich von einander. Den Mangel einer solchen Trennung rügt nun aber Puchta in dem mehrbesprochenen Aufsatze in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, Jahrgang 1844, B. I. S. 12 u. 13, auf eine bündige und treffende Weise mit folgenden Worten: „Neben diesen beiden Quellen des Rechts, deren Produkt wir das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche nennen, ergab sich noch eine dritte, sie ergänzende. Es findet sich, daß der Richter auch bei der größten Ausdehnung jener Rechte einer Ergänzung bedarf, ohne die er in sehr vielen Fällen keine Norm der Entscheidung haben würde. In solchen Fällen entnimmt er den anzuwendenden Rechtssatz aus den Prinzipien des bestehenden Rechts; vermöge der vernünftigen Natur des Rechts muß auch Das als Recht gelten, was mit innerer Nothwendigkeit aus dem gegebenen

Rechte folgt. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, das gegebene Recht auf seine Prinzipien zurückzuführen, und aus diesen jene nothwendigen Ergänzungen abzuleiten. So hat die Jurisprudenz nicht blos eine rezeptive, sondern wie jede wahre Wissenschaft eine produktive Aufgabe, sie tritt selbst in die Reihe der Rechtsquellen. Ich habe das durch sie erzeugte Recht, welches nicht, wie jene anderen, auf einer äußeren, sondern lediglich auf innerer Autorität beruht, und allein um der Wahrheit seiner Deduktion willen gilt, das Recht der Wissenschaft genannt; auch der allgemeine Name des Juristenrechts ist darauf anwendbar, indem auch dieses Recht äußerlich in der theoretischen und praktischen Thätigkeit der Juristen sich darstellt. Den Unterschied aber zwischen dieser und der oben vorgekommenen Art des Juristenrechts überall sich gegenwärtig zu erhalten, ist von äußerster Wichtigkeit, da die gemeine Meinung und Praxis hier, als Praxis eines Rechts, das seinen Anspruch auf Geltung nur auf seine Wahrheit gründet, nie jene äußere Autorität haben kann, wie bei dem Gewohnheitsrechte. Savigny hat den Ausdruck wissenschaftliches Recht schon für das Juristenrecht in jener ersten Bedeutung gebraucht. Ich mißbillige diesen Sprachgebrauch, theils aus dem Grunde, weil jene oben berührte Funktion der Juristen mit ihrer Eigenschaft als Träger der Wissenschaft in keinem wesentlichen Zusammenhange steht, denn auch als blosen Rechtskundigen, vor der Entstehung einer eigentlichen Rechtswissenschaft, kommt sie ihnen zu; theils weil er anzeigen soll, daß der ganze produktive Einfluß der Juristen auf das Recht entweder in jener Funktion beschlossen ist, oder daß, wenn auch die zweite, eigentlich wissenschaftliche, Funktion nicht geläugnet wird, sie mit jener nur eine und dieselbe Klasse der Rechtsbildnng ausmacht."

In einem ähnlichen Sinne hat sich Puchta über diese Unterscheidung der beiden Arten oder Formen des Juristenrechtes ausgesprochen, in dem (oben S. 24 u. 25 nach seinem Wortlaute angeführten) §. 16 seines Pandekten-Lehrbuches, ferner in den „Vorlesungen über das heutige Römische Recht," B. I. S. 38—42, gleich wie im „Cursus der Institutionen", B. I. §. 15, S. 37 u. 38 (zu vergl. oben S. 28). — Hier wollen wir nur noch seine betreffende Aussprache in den Vorlesungen aufnehmen, weil sie uns vermöge ihrer scharfen und prägnanten Fassung als besonders geeignet erscheint, um die obschwebende Frage in das rechte Licht zu stellen.

„Die Juristen in ihrer litterarischen und praktischen Thätigkeit —, sagt er a. a. O. S. 39 u. 40, — haben eine doppelte Funktion:

1) Sie sind als die rechtskundigen Glieder der Nation die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationellen Rechtsbewußtseins — vorausgesetzt, daß sie sich nicht durch willkührliche Theorien oder Hirngespinnste und Neuerungsjagden, oder auf der anderen Seite durch beschränktes Festhalten an antiquirten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben. Hier handelt es sich nicht um Ueberzeugungen, die rein auf wissenschaftlichem Wege überkommen sind, und auf wissenschaftliche Operationen sich gründen, sondern um solche, die ihnen als Gliedern dieses Volkes innewohnen. Es sind Volksüberzeugungen, die sich in den Juristen conzentriren, und in ihrer Thätigkeit aussprechen. Dieses Juristenrecht (in den Juristen sich manifestirende Recht) ist Gewohnheitsrecht, so gut, als das in der Thätigkeit aller Volksglieder sich manifestirende. — Es manifestirt sich in der litterarischen Thätigkeit als gemeine Meinung, communis opinio doctorum, und in der praktischen, usus fori, Praxis.

Die Autorität dieser Manifestationen ist hier also die der consuetudo, es soll daraus auf eine in den Juristen sich darstellende gemeinsame Volksüberzeugung geschlossen werden.

2) Die Juristen sind Träger der wissenschaftlichen Wahrheiten, sie stellen die Rechtssätze dar und wenden sie an, die rein auf inneren Gründen beruhen, und die auch nur durch ihre wissenschaftliche Wahrheit eine Autorität haben. Das Juristenrecht ist hier Recht der Wissenschaft. Hier hat die gemeine Meinung und die Praxis eine ganz andere Bedeutung, als dort. Eine gewisse Autorität besitzen sie auch hier, aber sie bezeugen hier nicht einen auf äußerer Autorität beruhenden Rechtssatz, sondern sie bezeugen hier nur eine wissenschaftliche Wahrheit, ein Zeugniß, das natürlich immer ein unvollkommenes ist. Die Sache ist diese: Es entsteht eine Vermuthung für die Wahrheit einer Ansicht, wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (communis opinio), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (usus fori), und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer Unrichtigkeit fest überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.

Es ist von der größten Wichtigkeit, diese beiden Arten des Juristenrechtes zu unterscheiden. Wenn von einer Praxis die Rede ist, muß stets gefragt werden: ist es die Praxis eines Gewohnheitsrechtes, oder die Praxis eines wissenschaftlich produzirten Satzes?"

In materieller Beziehung stimmen also Savigny und Puchta vollkommen mit einander überein, da sie beide dem

wissenschaftlichen Rechte im engeren und spezifischen Sinne gleichmäßig nur eine innere oder moralische, auf der Vermuthung der Wahrheit beruhende, Autorität zuerkennen, während sie dagegen dem eigentlichen Juristenrechte die formelle Kraft und Geltung des Gewohnheitsrechtes beilegen. Dieses letztere, gewohnheitsrechtliche Element in der produktiven (praktischen) Thätigkeit der Juristen bezeichnet Savigny, System B. I. §. 20, S. 90—95 als den „gültigen", oder „ächten" oder „gesunden" Bestandtheil des praktischen Rechtes [83]).

In formeller Beziehung dagegen dürfte der von Puchta

---

83) Was insbesondere den sog. Gerichtsgebrauch betrifft, so stimmen hinsichtlich der ihm beizulegenden Autorität Savigny und Puchta gleichfalls mit einander überein. Nur in Betreff der den Präjudizien der Obergerichte zuzuschreibenden verbindlichen Kraft für die Untergerichte weichen sie von einander ab; allein auch diese, an sich nicht sehr erhebliche, Differenz dürfte sich wohl unschwer ausgleichen lassen, falls man die Ausführungen beider Schriftsteller cum grano salis auffassen würde. Denn eine formelle Autorität jener obergerichtlichen Präjudizien, so daß die Untergerichte absolut nicht von ihnen abweichen dürften, behauptet auch Savigny, System B. I. S. 96, keineswegs. Die ganze, zwischen ihm und Puchta bestehende, Meinungsverschiedenheit reduzirt sich daher darauf, daß Letzterer mehr die Selbstständigkeit der Untergerichte betont, und daher die Freiheit ihrer wissenschaftlichen Ueberzeugung, unter Verwerfung der älteren (irrigen) Theorie über den usus fori, in Schutz nimmt — zu vergl. namentlich „Vorlesungen" B. I. §. 16, S. 41 u. 42, Aufsatz in den Berliner Jahrbüchern von 1844, Seite 8 —; während dagegen Ersterer das illusorische Moment in der reellen Durchführung einer solchen Ueberzeugung hervorhebt, und daher von dem Untergerichte das Eingehen in den Sinn und die wohlthätige Absicht des Instanzenzuges verlangt.

Welche von diesen beiden Auffassungen den praktischen Vorzug verdiene? Dies läßt sich wohl nicht im Allgemeinen entscheiden, sondern hängt vielmehr von den conkreten Verhältnissen ab, und zwar namentlich von dem Grade, der Intensität und Sicherheit der in Frage stehenden Ueberzeugung des Untergerichtes.

vorgeschlagene und befolgte (auch von Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 55, S. 138 u. 139 adoptirte) Sprachgebrauch unbedenklich den Vorzug verdienen, da er der nahe liegenden Gefahr einer Vermengung der heterogensten Elemente, gleich wie den daran sich knüpfenden mannigfaltigen Mißverständnissen, am ehesten zu begegnen vermag. Hiebei muß man sich übrigens wohl davor hüten, den Umstand nicht außer Augen zu setzen, daß jene beiden Arten der rechtsbildenden Thätigkeit der Juristen in der lebendigen Wirklichkeit sich sehr nahe berühren, und vielfach in einander übergehen; worauf auch schon der treffende, oben S. 34 angeführte, Ausspruch Savigny's über die zwiefache, materielle und formelle, Wirksamkeit des Juristenstandes hindeutet.

Streng genommen, stellt sich nämlich das Verhältniß zwischen den beiden, mehrbesprochenen Arten oder Erscheinungsformen des Juristenrechtes (im weiteren Sinne) folgender Maßen heraus. Auch das eigentlich oder spezifisch wissenschaftliche Recht gestaltet sich in dem allmäligen, langsam und stufenmäßig fortschreitenden, Verlaufe seiner Entwicklung zum Juristenrechte oder Gewohnheitsrechte, da und insoferne seine einzelnen Sätze, namentlich hinsichtlich der controversen Fragen, nach und nach in die communis doctorum opinio übergehen, und zu allgemein anerkannten Voraussetzungen oder wissenschaftlichen Vorurtheilen sich umwandeln. Als eklatante Beispiele für eine solche, durch die heutige Doktrin begründete, Metamorphose können wir bezeichnen: die Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechtes; die Lehre von den Graden der Culpa; die Würdigung der sog. Abschreckungs-Theorie und ihres Verhältnisses zu der Gerechtigkeits-Theorie; die Unterscheidung der Schärfungs- und Erhöhungs-, gleich wie der Milderungs- und

Minderungsgründe; die Auffassung der Stellung des Richters gegenüber dem Strafgesetze überhaupt, *rc.* *rc.*

Das wissenschaftliche Recht im strikten Sinne bildet also das bewegliche und flüssige Element des Staatslebens, welches im Wege eines allmäligen und unsichtbaren Entwicklungsprozesses, unter der stillen Einwirkung des fortschreitenden wissenschaftlichen Geistes, in das eigentliche Juristenrecht übergeht. Dasselbe wird also hierdurch zum Gewohnheitsrechte, gewinnt eine objektive Natur und feststehende Existenz, und gestaltet sich folgeweise zu einer soliden, gesunden Basis für die Gesetzgebung. Diesen feststehenden, zur objektiven und sicheren Erkennbarkeit durchgedrungenen, Bestandtheil unseres gemeinen (wissenschaftlichen) Rechtes hatte wohl auch Savigny im Auge, als er in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" S. 49 sich dahin äußerte, daß von der eigenthümlichen, lebendigen Bildung unserer heutigen Wissenschaft noch sehr wenig fertig geworden, und daß eben deßhalb unsere Fähigkeit, ein löbliches Gesetzbuch hervorzubringen, in Abrede zu stellen sei.

Mit den wesentlichsten Momenten dieser Auffassung des Gewohnheits- und wissenschaftlichen Rechtes, beziehungsweise unseres heutigen, auf wissenschaftlicher Grundlage beruhenden, gemeinen Rechtes, stimmen fast durchaus überein [84]): Stahl,

---

84) Auf die Abweichungen der genannten Schriftsteller in dem einen oder anderen besonderen Punkte der, von uns vertretenen, Grundauffassung näher einzugehen, verbietet der Umfang gegenwärtiger Schrift. Bei Stahl insbesondere stehen die desfallsigen Differenzen, und zwar namentlich seine eigenthümliche Würdigung des Gerichtsgebrauches, in einem wesentlichen Zusammenhange mit seiner philosophischen Weltanschauung. — Auf der anderen Seite hat übrigens Stahl a. a. O., B. I. Buch 6, Abschn. 2, S. 570—590, eine ganz vortreffliche Charakteristik der geschichtlichen Juristenschule geliefert.

Philosophie des Rechts (3te Auflage), B. II. Abth. I. Buch 2, Kap. 3, §§. 18—24, S. 233—260; Eichhorn in einer vortrefflichen Abhandlung „über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts" in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. I. S. 124—146; Bethmann-Hollweg in der (überhaupt sehr beachtenswerthen) Vorrede zu seinem Grundrisse für den gemeinen und Preußischen Civil-Prozeß, 3te Auflage, Bonn 1832, S. I—XIX; Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Leipzig 1848, Heft 2, S. 1—17; Falk, juristische Enzyklopädie (fünfte Ausgabe), Leipzig 1851, §§. 9, 10 u. 12; Bluhme, Enzyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte, Bonn 1847, Abth. I. §§. 13, 14 u. 29—31; C. A. C. Klenze in der sehr schätzbaren Vorrede zu seinem Grundrisse des gemeinen Strafrechtes S. XVIII—XXII, rc. rc.

Eine ausdrückliche Anerkennung der zwischen dem heutigen gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte (beziehungsweise dem europäischen Gewohnheitsrechte der neueren Jahrhunderte überhaupt) und dem wissenschaftlichen Rechte bestehenden Identität findet sich bei: Savigny, „System" B. I. §. 18, S. 78 u. 82, §. 19, S. 85—87 (vergl. oben S. 36 u. 37), §. 20, S. 90 u. 91, §. 28, S. 170, §. 30, S. 189, 190 u. 193, §. 32, S. 209, Note c; Puchta, „Gewohnheitsrecht" Th. I. S. 165 u. 166, S. 214—217; Th. II. S. 68—75, S. 150, S. 249, besonders in der Note 8; „Pandekten" §§. 3, 6, 6a u. 9; „Vorlesungen" B. I. S. 13 u. 14, rc. — Eine ganz vorzügliche Beachtung verdient die Aussprache Puchta's in der erwähnten Note 8 auf S. 249 seines Buches über Gewohnheitsrecht, wo er bemerkt: „Wer nur Gesetzgebung und Autonomie als Rechtsquellen anerkennt, steht theoretisch auf demselben Standpunkte mit Denen, welchen die

Gesetzgebung die einzige Quelle des Rechtes ist, und namentlich muß er sich die Gründe gefallen lassen, mit welchen diese die Existenz eines gemeinen deutschen Rechtes abläugnen, Gründe, zu deren Verwerfung sein besseres praktisches Gefühl ihn vielleicht nöthigt, seine Theorie aber keineswegs berechtigt."

Um nun aber einen vollkommenen Einblick in den hier obwaltenden eigenthümlichen Sachverhalt zu gewinnen, bedarf es des, bereits oben in der ersten Abtheilung §. 7, S. 122 zugesicherten, Nachweises des inneren und organischen Zusammenhanges, in welchem die Auslegung, die Analogie, das Gewohnheitsrecht, der Gerichtsgebrauch und das wissenschaftliche Recht zu einander stehen. Mit den Resultaten, welche wir in dieser Richtung im Folgenden zu begründen versuchen wollen, stimmen zwar Savigny und Puchta in materieller Hinsicht wohl durchaus überein; allein eine bestimmte Aussprache und genaue Formulirung jener Gedanken haben sie keineswegs geliefert. Es verhält sich hiemit ganz eben so, wie mit der, später zu besprechenden, Bedeutung der exklusiven Gesetzbücher der neueren Zeit, hinsichtlich welcher wir gleichfalls die, von den Coryphäen der historischen Rechtsschule nicht selbst herausgestellten und präzisirten, Consequenzen ihrer eigenen Lehre aufzudecken und zu entwickeln bestrebt sein werden. — Auch die von Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §§. 54—65, S. 136—161, gegebene Darstellung der hier zur Frage kommenden Materien trifft mit unserer Auffassung in manchen wesentlichen Momenten überein.

Unter Auslegung oder Interpretation im weiteren

Sinne versteht man (gemäß der Savigny'schen Definition): die Reproduktion oder Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens. — Zunächst sind daher rücksichtlich derselben das gesetzliche und das Gewohnheitsrecht von einander zu unterscheiden. Bei dem Gewohnheitsrechte, und zwar auch bei demjenigen, welches in der Form des wissenschaftlichen Rechtes, also als Juristenrecht im engeren Sinne auftritt, fällt die Auslegung stets mit der Erforschung zusammen. Sobald man einmal die Existenz eines Gewohnheitrechtes, sei es ein volksmäßiges, oder ein wissenschaftliches, erkannt und festgestellt hat; so hat man eben damit zugleich die Einsicht in seinen Inhalt und seine Bedeutung gewonnen; Wer ein solches (gemeines oder partikulares) Gewohnheitsrecht kennt, Der erkennt es auch. Die Form und der Inhalt oder Stoff lassen sich hiebei aus dem Grunde nicht trennen, weil das Gewohnheitsrecht auf dem unmittelbaren Bewußtsein und der unmittelbaren Ueberzeugung der von ihm beherrschten Subjekte beruht, und daher durch seine nähere Erforschung und Manifestirung bereits vermittelt wird. Eben deshalb bezieht sich auch die ganze Theorie über die Auslegung blos und allein auf die Gesetze, was Savigny, System B. I. §. 32, S. 207 ausdrücklich anerkennt, indem er bemerkt: „Eine solche Aufnahme des Rechts ist denkbar und nothwendig bei allen Arten der Rechtsquellen. Jedoch bei dem Gewohnheitsrecht und bei dem wissenschaftlichen Recht ist das Geschäft einfacherer Natur. Zwar über das Wesen dieser Arten der Rechtserzeugung kommen sehr einflußreiche Irrthümer vor, wovon schon oben gehandelt worden ist. Sind aber diese erkannt und vermieden, so ist das Geschäft selbst einer in's Einzelne gehenden Anweisung nicht bedürftig. Anders verhält es sich mit den Ge-

setzen, bei welchen gerade dieses Geschäft oft eine sehr verwickelte Natur hat. Aus diesem Grunde hat der gegenwärtige Abschnitt die spezielle Bezeichnung von der Auslegung der Gesetze erhalten."

Was nun aber die Auslegung der Gesetze näher betrifft, so ist dieselbe vermöge ihrer eigentlichen und spezifischen Natur als eine freie Geistesthätigkeit aufzufassen, und daher auf die sog. doktrinelle Interpretation zu beschränken, während dagegen die sog. legale (authentische und usuelle) Interpretation aus ihrem begrifflichen Gebiete ausgeschieden werden muß. — Die doktrinelle Auslegung tritt übrigens wieder in einer doppelten Form auf, und zerfällt daher in 2 Arten, welche man in der neueren Doktrin als Auslegung oder Interpretation im engeren Sinne und als Analogie zu bezeichnen pflegt.

Die Auslegung i. e. S. hat den Gedanken des Gesetzgebers zu ermitteln, zu rekonstruiren, gleich wie nach dem ganzen Reichthume seines Inhaltes zu enthüllen und zu entfalten. Ueberdies hat sie auch für die Ausgleichung etwaiger Widersprüche zwischen den einzelnen Theilen der Gesetzgebung und für die Beseitigung von Dunkelheiten, Zweideutigkeiten und Unbestimmtheiten in den gesetzlichen Aussprüchen Sorge zu tragen. Sie hat also den Beruf, die Einheit und Harmonie der Gesetzgebung theils zu enthüllen, theils zu vermitteln. Den Grund des Gesetzes dagegen kann sie nur als Hülfsmittel verwenden. Sie darf aber keineswegs aus ihm selbst Rechtssätze zu dem Zwecke herleiten, um den dispositiven Inhalt des Gesetzes zu berichtigen und zu verbessern, oder zu umgehen.

Man pflegt nun h. z. T. gewöhnlich die Interpretation in eine grammatische und logische zu unterscheiden. Allein

man muß sich hiebei vor dem (keineswegs seltenen) Mißverständnisse hüten, als ob dadurch zwei selbstständige Arten der Auslegung bezeichnet werden wollten, da und insoferne die grammatische Auslegung immer zugleich auch eine logische sein muß. Diese Unterscheidung ist vielmehr auf die Verschiedenheit der für den Zweck der Auslegung in Anwendung gebrachten Hülfsmittel zu beziehen, je nachdem nämlich der Sinn des Gesetzes aus seinen Worten an der Hand der Sprachregeln, oder aber aus seiner juristischen und historischen Umgebung als Resultat anderer sachlicher Gründe erschlossen wird. Savigny statuirt zwar vier Elemente der wissenschaftlichen Auslegung, nämlich ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches Element, indem er die sog. logische Interpretation in drei Bestandtheile auflöst. Allein er warnt ausdrücklich vor einer mechanischen Trennung dieser, in steter Wechselwirkung begriffenen, Elemente oder Richtungen der geistigen Thätigkeit, und äußert sich hierüber a. a. O. §. 33, S. 215 folgender Maßen:

„Mit diesen vier Elementen ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freilich bald die eine, bald die andere wichtiger sein und sichtbarer hervortreten, so daß nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerläßlich ist, wenn gleich in vielen einzelnen Fällen die ausdrückliche Erwähnung eines jeden dieser Elemente als unnütz und schwerfällig unterlassen werden kann, ohne Gefahr für die Gründlichkeit der Auslegung.“

Bei jeder Interpretation hat also der Sinn und Gedanke des Gesetzgebers den letzten Ausschlag zu geben, wofern derselbe nur an den Gesetzes-Worten ein irgendwie haltbares Substrat besitzt [85]). Es können demzufolge diese Worte nach jenem Sinne berichtiget, und daher entweder eingeengt oder ausgedehnt werden. Hieraus ergibt sich die bekannte Unterscheidung der Auslegung in eine deklaratorische, restriktive und extensive. Bei dieser Unterscheidung ist jedoch wohl zu beachten, daß jede der genannten Auslegungsformen blos bestrebt ist, den wahren, wenn auch unrichtig ausgedrückten, Gedanken des Gesetzgebers zu offenbaren, und somit, ihrer letzten Tendenz nach, eine deklaratorische Natur besitzt. Die Auslegung i. e. S. ist demzufolge dahin gerichtet, den konkreten Gedanken und Willen des Gesetzgebers, so wie er sich auf der, mehr oder minder unvollkommenen, Grundlage des Gesetzestextes geäußert hat, zu ermitteln, zu reproduziren, gleich wie nach dem ganzen Reichthume seines Inhaltes zu entfalten. Obschon nun dieselbe solchergestalt zunächst bloß den Beruf der Reproduktion zu erfüllen hat, so ist sie gleichwohl stets zu gleicher Zeit auch produktiv, freilich in einer blos unbewußten, unvermerkten und indirekten Weise. Auf diesem mittelbaren und

85) Denselben Gedanken drückt Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6te Auflage, Marburg 1851, B. I. §. 24, S. 60, folgender Maßen aus: „Die logische Interpretation darf nie ein von dem möglichen Wortsinne ganz verschiedenes Resultat aufstellen, wenn sie juristisch beachtet werden will. Wird aber diese Grenze gewahrt, so muß allerdings das Resultat der logischen Interpretation dem der grammatischen vorgehen.“ Zu vergl. besonders auch: Hälschner, System des Preußischen Strafrechtes, Bonn 1858, Th. II. S. 80 u. 81; Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Tübingen 1855, Abth. I. Anmerkung 1 zu §. 25, S. 55 —59; Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch, 14te Auflage von 1847, §. 75a., S. 142—144.

absichtslosen Wege ist sie für die Entwicklung, Fortführung und Fortbildung des dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedankens thätig; denn das Medium der geistigen Auffassung, durch welche der letztere hindurchgehen muß, kann niemals einen rein passiven und rezeptiven Charakter an sich tragen. Einen objektiven Werth, eine äußerliche Erkennbarkeit und eine bestimmte, feste und sichere Existenz erlangt aber diese produktive Fortbildung des Rechtes erst im Wege einer längeren geschichtlichen Entwicklung, gleich wie blos vermittelst der Gesammtthätigkeit des ganzen Juristenstandes. Vor der Vollendung dieses Bildungsprozesses dagegen tritt die Auslegung nebst dem, in ihr eingehüllten, produktiven Elemente als ein blos subjektives Thun auf, welchem der eigentliche Charakter des Rechtes noch durchaus fehlt. In solchem Sinne ist wohl der Ausspruch der L. 37 D. de legibus (1, 3): »optima enim est legum interpres consuetudo« zu verstehen.

---

§. 15.

Suchen wir nun auch das Wesen der Analogie und ihren Gegensatz zur Auslegung i. e. S. zu bestimmen; so finden wir, daß jene mit dem Grunde des Gesetzes operirt, und einen gesetzgeberischen Gedanken da zu ermitteln und herzustellen berufen ist, wo es an einem solchen gänzlich fehlt. Sie hat also die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen, und sie bewirkt eine solche Ergänzung entweder vermittelst der Ausdehnung (beziehungsweise Einschränkung) des Inhaltes eines einzelnen Gesetzes nach seinem Grunde, oder vermittelst der Schlußfolgerung aus dem Zusammenhange und Geiste der ganzen Gesetzgebung. Man pflegt hiernach die sog. Gesetzes- und Rechts-Analogie von einander

zu unterscheiden. Die Analogie beruht also, wie Savigny a. a. O. §. 46, S. 290, 292 u. 293 dies treffend ausdrückt, auf der inneren Consequenz, vollkommenen Einheit und organisch bildenden Kraft des positiven Rechtes.

Unter dem Grunde des Gesetzes (ratio legis) ist übrigens (wie Savigny §. 34, S. 216—221 gleichfalls näher ausführt) theils dessen Zusammenhang mit der seitherigen Gesetzgebung und dem seitherigen Rechte, theils der durch dasselbe verfolgte Zweck, oder dessen Absicht zu verstehen. Dieser Grund muß also stets einen objektiven, aus dem individuellen Denken des Gesetzgebers heraustretenden, Charakter besitzen, und er unterscheidet sich daher wesentlich von dem blos subjektiven Beweggrunde desselben und von der blos zufälligen Veranlassung des Gesetzes. — Man könnte demzufolge die Analogie gewisser Maßen auf den präsumtiven Willen des Gesetzgebers gründen, da und insoferne sie diejenige Norm ermittelt, welche dieser selbst gegeben haben würde, wofern er an den zur Frage kommenden Fall gedacht hätte. Das durch dieselbe vermittelte Resultat fließt daher, wie wir bereits in der ersten Abtheilung S. 119, Note 73 bemerkt haben, nicht aus dem conkreten, wohl aber aus dem allgemeinen Gedanken und Sinne des Gesetzgebers, d. h. aus dem organischen Zusammenhange und der inneren Consequenz seines legislatorischen Werkes, beziehungsweise des positiven Rechtes eines Volkes überhaupt.

Wenn und insoweit nun die Analogie auf dem Felde der Rechtsanwendung geübt wird (also nicht von dem Gesetzgeber selbst bei Erlassung eines neuen Gesetzes), sei es von einem Richter, oder von einem juristischen Theoretiker, und zwar namentlich von einem Schriftsteller; so kann man dieselbe doch wohl nur als eine auslegende oder interpretative

Operation auffassen, wie dies auch Savigny a. a. O S. 292 und 293 thut. Eine solche Analogie muß doch immer von einem Gegebenen ausgehen; wenn sie nun auch dieses Gegebene über seine ursprünglichen, vom Gesetzgeber selbst bestimmten und gewollten, Grenzen ausdehnt, also ihre Grundlage nicht in dem concreten Gedanken und Willen desselben besitzt, so beruht sie doch auf dem Gedanken und der Tendenz der ganzen Gesetzgebung oder des ganzen Rechtskörpers überhaupt. Sie geht also aus der organisch zeugenden, bildenden und produktiven Kraft dieses letzteren selbst hervor, und der betreffende, theoretische oder praktische, Jurist hat ihr bloß zum Organe zu dienen.

In den, seither besprochenen, beiden Operationen der Auslegung und der analogen Verwendung der vorhandenen Rechtsnormen bewegt und erschöpft sich nun aber unser heutiges gemeines wissenschaftliches Gewohnheitsrecht, gleich wie unser heutiger gemeiner Gerichtsgebrauch. Man kann daher auch das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht der neueren Zeit überhaupt als eine Usual-Interpretation auffassen, indem dasselbe sich stets an irgend eine vorhandene Bestimmung des positiven Rechtes angelehnt, und dieselbe in dem, von ihm festgestellten (zuweilen wohl auch irrthümlichen) Sinne ausgelegt, oder analog ausgedehnt hat. Auch mit einer solchen Auffassung stimmt Savigny a. a. O. S. 209, Note c vollkommen überein, indem er hier behauptet, daß das interpretirende Gewohnheitsrecht der modernen Zeiten immer zugleich auch die Natur des wissenschaftlichen Rechtes an sich trage. — Geht man nämlich davon aus, daß jeder Richter (und eben so jeder wissenschaftliche, für die unmittelbare Rechtsanwendung thätige, Interpret) unter, keineswegs über dem Gesetze steht, und daß er daher dieses

nach seinem wahren Sinne zu erforschen und anzuwenden, nicht aber zu verbessern hat (»non exemplis, sed legibus judicandum est«); so kann man nur die Autorität eines solchen Gerichtsgebrauches anerkennen, welcher auf der historischen Grundlage der bestehenden Gesetze und Rechtsnormen sich gebildet. Durch die stetige Uebung, also durch die Gewohnheit gewinnt die Auslegung und analoge Verwendung der Gesetze den Charakter einer Usual-Interpretation, und gestaltet sich eben dadurch zum wissenschaftlichen Gewohnheitsrechte, oder zum Gerichtsgebrauche mit formeller (gesetzlicher) Kraft, oder zum Juristenrechte im engeren und eigentlichen Sinne. Man kann also, genau genommen, alle diese verschiedenen Bezeichnungen und Begriffe als identische, oder doch mindestens als zusammengehörige, Momente betrachten.

Auch die nationale Eigenschaft erlangt und offenbart die Auslegung der Gesetze, mag ihr erster Anstoß von der Wissenschaft oder Rechtsanwendung, von den theoretischen oder praktischen Juristen, ausgegangen sein, erst durch ihre constante Wiederholung und fortgehende, gleichförmige Uebung, vermöge welcher sie in das allgemeine Bewußtsein des Juristenstandes, oder in die communis opinio und den usus fori übergeht, und in der Gestalt der usuellen Interpretation auftritt. Der mit formeller Autorität ausgestattete und wirkende Gerichtsgebrauch kann daher als der objektive Niederschlag der gesammten Interpretation und Analogie aufgefaßt werden, welche von den Theoretikern und Praktikern während eines längeren Zeitraumes geübt worden, und welche im Wege einer solchen länger andauernden, stetigen Wiederholung die Natur und Bedeutung eines wissenschaftlichen Gewohnheitsrechtes gewonnen. Auch für dieses letztere erscheint also, gleich

wie für das unmittelbare oder volksmäßige Gewohnheitsrecht, das Zeitmoment als ein nothwendiges Erforderniß, und es wird eine während längerer Zeit fortgesetzte, gleichförmige Uebung hiefür vorausgesetzt, da nur durch diese die Gemeinsamkeit der Ueberzeugung zweifellos offenbart, und der vollkommene Beweis geführt werden kann, daß die fragliche Interpretation nicht blos auf einem subjektiven und individuellen Grunde beruhe. Das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht, oder der Gerichtsgebrauch im engeren und spezifischen Sinne, läßt sich eben deshalb auch am passendsten als Usual-Interpretation bezeichnen. Denn hierdurch werden die in einem solchen wahrhaften Gerichtsgebrauche unserer Tage conkurrirenden 3 Seiten oder Elemente angedeutet, daß er nämlich aus der Wissenschaft, welche allein die gehörige Auslegung des Rechtes vermittelt, unaufhörlich hervorgeht; daß er ferner erst durch die stetige, fortgesetzte Anwendung im Leben und durch das übereinstimmende Thun einer größeren Zahl von theoretischen und praktischen Juristen (usus) zum geltenden Rechte wird; daß er endlich vermöge seines interpretativen Charakters an das bestehende Recht sich anlehnen muß, und nur auf der Grundlage eines historisch gegebenen Stoffes Neues zu produziren, beziehungsweise diesen selbst umzugestalten und fortzubilden vermag.

Die gewöhnliche Anschauung fehlt also vorzugsweise darin, daß sie die, hier versammelten, wesentlich zusammengehörigen Gedanken aus einander liegen läßt, und als selbstständige, gegen einander indifferente und durchaus verschiedenartige, Momente behandelt. Wo soll nun aber, können wir füglich fragen, das heutige gemeine deutsche Gewohnheitsrecht zur Erscheinung kommen, wenn nicht in der Wissenschaft und dem Gerichtsgebrauche? Mit welchen anderen Mitteln und in welchen

anderen Formen sollen ferner diese letzteren operiren, als vermittelst der geistigen Auffassung und Auslegung, gleich wie vermittelst der analogen Ausdehnung und consequenten Ergänzung der bestehenden Rechtsnormen? Denn auch das sog. Construiren, das Bilden von Rechtsinstituten, die Aufstellung allgemeiner Prinzipien und die Entwicklung ihrer Consequenzen, das Auf- und Ausbauen des Systemes; alle diese und andere Gestaltungsweisen, deren sich die Wissenschaft in freier Bewegung und größter Mannigfaltigkeit zu bedienen vermag, lassen sich wohl schließlich insgesammt auf jene beiden Grundformen zurückführen. Sie begründen also entweder die Auslegung, oder die Ergänzung und Fortbildung des vorhandenen Rechtes. Diese beiden, zunächst von einander zu unterscheidenden und gegenüberzustellenden, Denkformen berühren sich übrigens sehr nahe, und gehen vielfach in einander über; was auch Savigny an mehreren Stellen seiner, im „Systeme" gegebenen, Ausführung ausdrücklich anerkennt [86]). Denn auch die Auslegung schließt, wie wir bereits angedeutet, das produktive Element in sich, und umgekehrt

---

86) Daß sich keine scharfe, absolut feste Grenze zwischen der Auslegung und der Fortbildung des Rechtes ziehen lasse, und daß daher im Einzelnen deren Unterscheidung oft eine sehr schwierige und zweifelhafte sein könnte: Dies spricht Savigny z. B. aus im §. 37, S. 240, §. 51, S. 329 u. 330. Aus diesem Grunde schlägt er auch für Deutschland die Einführung eines, dem französischen Cassationshofe ähnlichen, hohen Gerichtshofes vor, in dessen Hand beide Befugnisse vereinigt, und welchem daher eine freier waltende Auslegung gestattet werden sollte. „Dieser Gerichtshof würde dann —, fügt er an der zuletzt citirten Stelle hinzu, — einen ähnlichen Einfluß ausüben, und für die Rechtspflege ähnliche Vortheile darbieten, wie im alten Rom der Prätor und die Juristen, so daß ihm diejenige ausdehnende und einschränkende Auslegung besonders verliehen wäre, welche oben als ein dem reinen Richteramte nicht zukommendes Verfahren aus dem Gebiete wahrer Auslegung verwiesen werden mußte."

trägt die Analogie auch einen reproduktiven Charakter an sich, da sie nur Das enthüllt und veräußerlicht, was im Inneren des bestehenden Rechtskörpers bereits enthalten war. Eben deßhalb will z. B. Beseler, wie wir oben S. 70, Note 20 erwähnt, die produktive Natur der Rechtswissenschaft ganz und gar in Abrede ziehen.

Indem daher die Wissenschaft Recht erzeugt, so bezeugt sie es auch zu gleicher Zeit, und umgekehrt. Sie zieht also Das an das Tageslicht, was im inneren Geiste der Nation schlummert, und in seinem verborgenen Grunde keimt. Diesem stets produktiven Geiste dient sie als eines seiner edelsten Organe. — Sobald übrigens die Wissenschaft in ihrer höheren Ausbildung auftritt, so flüchtet sich die unmittelbare Volksüberzeugung in enge Räume, und beschränkt sich blos auf das partikulare Recht mit mehr oder minder ausgedehntem Herrschaftsgebiete. Gemeine Gewohnheitsrechte dagegen, welche die ganze Nation in ihrer Einheit umfassen, können nur noch durch die Wissenschaft, und mittelbar durch den von dieser bestimmten und beherrschten Gerichtsgebrauch, zur äußeren Erscheinung und Geltung gelangen.

Als Beispiele für ein solches gemeines deutsches wissenschaftliches Gewohnheitsrecht können die Sätze dienen: daß ein Vertrag keiner besonderen Form, sondern blos der Willensübereinstimmung der Contrahenten für seine volle Gültigkeit und Klagbarkeit bedarf; daß es auf den besonderen Namen der Klage im heutigen Prozesse nicht ankommt; daß die sog. leges restitutae nicht rezipirt sind; daß die Provokation zur Klage in bestimmten Fällen zugelassen wird; daß der Beweis zur Vertretung des Gewissens statt finden kann, 2c. 2c. — Alle diese und andere ähnliche Sätze beruhen auf einem nationalen Gewohnheitsrechte, welches durch die Wissen=

schaft zur Erkenntniß, gleich wie durch den Gerichtsgebrauch zur wirklichen Geltung und Herrschaft erhoben worden ist; m. a. W. sie bilden einen Bestandtheil des Juristenrechtes im engeren und spezifischen Sinne.

Auf der Grundlage der vorangeschickten Ausführungen können wir den früheren, an die Spitze des vorigen §. gestellten, Ausspruch über das gemeine Recht der Gegenwart auch folgender Maßen formuliren:

Unser heutiges gemeines deutsches Recht überhaupt, gleich wie unser gemeines Strafrecht insbesondere, bildet ein aus wissenschaftlicher Forschung, Erkenntniß und Construktion hervorgehendes, durch Gerichtsgebrauch zur reellen Anwendung gebrachtes (nationales), Gewohnheitsrecht.

Dieses Gewohnheitsrecht besteht übrigens, der Natur des wissenschaftlichen Rechtes gemäß, zu einem großen und umfassenden Theile aus beweglichen, flüssigen, noch nicht zum Abschlusse gediehenen Elementen, welche blos eine innere oder moralische, auf ihre Wahrheit gegründete, Autorität besitzen, und erst im allmäligen Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung eine feststehende, objektive Existenz und einen formellen (gesetzlichen) Charakter gewinnen. Zu diesem rein wissenschaftlichen Rechte gehören insbesondere alle controversen Sätze, vorausgesetzt, daß der gegen die übereinstimmende Ansicht bewährter Rechtslehrer erhobene Widerspruch nicht als ein frivoler und grundloser in offensichtlicher Weise sich darstellt. — Unser heutiges gemeines Recht ist demzufolge theils ein werdendes, theils ein gewordenes; theils ein flüssiges, unvollendetes, im Entwicklungsprozesse befindliches, theils ein fertiges, abgeschlossenes und vollendetes Gewohnheitsrecht.

Was nun aber insbesondere das Verhältniß der Juristen zur Fortbildung des Rechtes anbelangt, so besteht desfalls ein sehr wesentlicher und folgenreicher Unterschied zwischen der Anschauung des vorigen und des gegenwärtigen Jahrhunderts. Die (Strafrechts-) Praxis des 18ten Jahrhunderts ging nämlich von einer absolut freien Stellung des Richters (und des Interpreten) gegenüber dem Gesetze aus, und stellte ihn in der That über dieses letztere. Er konnte und durfte demgemäß von dem Gesetze beliebig abweichen und dasselbe nach Gutdünken verbessern, falls er sich überzeugt hielt, daß dessen Anordnungen den naturrechtlichen Vorstellungen und Begriffen jener Zeit nicht entsprächen. Er war also in Wirklichkeit von den gesetzlichen Satzungen völlig unabhängig, und konnte seinen subjektiven Gefühlen, Meinungen und Tendenzen unbedingte Folge leisten. Daß hierdurch der maßlosesten Willkühr und dem unbegrenzten Belieben der Individuen Thor und Thüre geöffnet war, versteht sich von selbst [87]). Die Unzulänglichkeit und Verkehrtheit dieses Standpunktes konnte daher dem eminenten Scharfblicke eines Feuerbach nicht lange verborgen bleiben, und ist auch von demselben mit eben so großem Rechte, als Erfolge, bekämpft worden. Allein gleichwohl enthielt die, das 18te Jahrhundert beherrschende, Auffassung der Rechtswissenschaft ein vollkommen wahres und berechtigtes Element in sich. In den Juristen jener Zeit war nämlich, ganz insbesondere in Folge des Einflusses der damaligen philosophischen Begriffe und Systeme, ein neuer Geist erwacht; und dieser Geist war die

---

87) Eine sehr gute Schilderung der Ungebundenheit und Willkührlichkeit der Strafrechts-Praxis des 18ten Jahrhunderts, welche mit der eingetretenen Aenderung des Strafensystems in einem wesentlichen Zusammenhange steht, gibt Wächter, Gemeines Recht, S. 126—134. — Zu vergl. auch die, von Geßler herausgegebene, Geschichte des deutschen Strafrechts von Köstlin, S. 228—234.

innerliche Macht, welcher sie dazu trieb, den geänderten Anschauungen, Bedürfnissen und Forderungen ihrer Zeit zur reellen Geltung, zur lebendigen Herrschaft und zum vollkommenen Siege über veraltete, ausgelebte Gesetze zu verhelfen. Die Art und Weise, wie sie ein solches Ziel verfolgten, war freilich nicht die richtige, und namentlich durch eine unzureichende Vorstellung von der Bedeutung des gesetzlichen und des Gewohnheitsrechtes, beziehungsweise des Gerichtsgebrauches, bestimmt. Allein das Ziel oder der materielle Endzweck selbst, welcher allen ihren Bestrebungen zu Grunde lag, war ein vollkommen richtiger, gesunder, wahrhafter und in der Natur der Verhältnisse begründeter. Es war hiemit ein Postulat ausgesprochen, welches zu jeder Zeit wiederkehrt, und sich stets, wenn auch auf indirektem Wege, die reelle Geltung und Anerkennung zu verschaffen weiß, — das Postulat nämlich, daß das Recht dem Geiste seines Volkes und seiner Zeit entsprechen soll[88]).

In dieser Richtung stand also die Grundanschauung der Theoretiker und Praktiker des vorigen Jahrhunderts weit höher, als die Feuerbach's und vieler Juristen unserer Gegenwart. Ihr Hauptirrthum lag nur darin, daß sie die Kritik, Fortbildung und Verbesserung der Gesetze mit deren Auslegung völlig confundirte, und daß sie ferner dem einzelnen Richter oder wissenschaftlichen Bearbeiter des Rechtes Das gestattete, was nur der Thätigkeit des gesamm-

88) Eine indirekte Anerkennung dieses tieferen Grundes der in der Theorie und Praxis des 18ten Jahrhunderts herrschenden Mißachtung der Autorität der Gesetze findet sich auch bei Wächter a. a. O. S. 129, indem er sagt: „Die Reichsgesetzgebung stagnirte ganz, die Partikulargesetzgebung half nicht im Geiste der Zeit nach, und so machte sich dieser Geist immer mehr selbst geltend, und der Richter mußte den Ansichten der Gebildeten im Volke allmälig folgen."

ten Juristenstandes nebst ihrem schließlichen Erfolge zugestanden werden kann. Nur aus der Wechselwirkung der Theorie und Praxis überhaupt, also aus der ununterbrochen fortgehenden und in einander greifenden Bethätigung der sämmtlichen, theoretischen und praktischen, Juristen geht das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht und eben damit die umgestaltende Fortbildung der Gesetze hervor.

Uebrigens kann die geänderte Anschauung unserer Zeit über das Verhältniß des Richters zum Gesetze, beziehungsweise über die Unterordnung seiner subjektiven Ansicht und Ueberzeugung unter die objektive Norm, — selbst wieder als ein Ergebniß und Bestandtheil des wissenschaftlichen Gewohnheitsrechtes betrachtet werden. Dieses findet seine Bezeugung in der communis opinio der heutigen Juristen, welcher gegenüber ein, etwa hier und da noch auftauchender, vereinzelter Widerspruch keine Beachtung anzusprechen vermag [89]).

Als der vollkommenste Zustand der Rechtsbildung ist freilich derjenige zu betrachten, welcher aus dem harmonischen Zusammenwirken der drei Rechtsquellen, d. h. der Gesetzgebung, des unmittelbaren Volksrechtes und der Wissenschaft nebst dem Gerichtsgebrauche, hervorgeht, wie Savigny — im „Systeme", B. I. §. 15, S. 50 u. 51, und in der ersten Beilage zur Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 173, — näher ausführt. Da jedoch ein solches ideales und begriffsgemäßes

---

89) Wohl alle competenten Stimmen in der heutigen Rechtswissenschaft sind darüber einig, daß eine sog. interpretatio abrogans als durchaus unzulässig erscheine, und daß daher der einzelne Richter keineswegs dazu berufen sei, den wirklichen und wahren Gedanken des Gesetzgebers zu berichtigen, zu verbessern, oder zu umgehen, wenn er ihn auch für einen materiell ungerechten halten sollte. — Zu vergl. hierüber besonders: Vangerow a. a. O. S. 61 u. 65; Köstlin, System, Abth. I. §§. 25, 135, 136, 141 u. 142, gleich wie die bei dem Letzteren citirten Schriftsteller.

Verhältniß in der geschichtlichen Wirklichkeit eines conkreten Staates sich nicht leicht ergeben dürfte: so wird wohl bald der eine, bald der andere Hauptfaktor der Rechtserzeugung, also bald die Gesetzgebung, bald die Wissenschaft und Praxis das Uebergewicht behaupten. Die letzteren werden namentlich dann dazu berufen sein, mit einer wesentlich fortbildenden und umgestaltenden Thätigkeit in das Rechtsleben einzugreifen, wenn die Gesetzgebung hinter dem Geiste ihrer Zeit zurückbleibt. Die Volksüberzeugung tritt nun aber zunächst in den einzelnen Gliedern der Nation blos als eine innerlich treibende Macht und als ein natürlicher Impuls in unbewußter Weise auf, und wird erst dann Gegenstand der bewußten Erkenntniß, wenn sie durch eine während längerer Zeit fortgesetzte Uebung sich vollendet und abgeschlossen hat. Eben deshalb erscheint auch die Gefahr als eine illusorische, als ob durch den hier behaupteten Einfluß der Rechtswissenschaft und ihrer Träger den subjektiven Meinungen und Bestrebungen der einzelnen Juristen ein so großer Spielraum eröffnet würde, daß hieraus eine völlige Unsicherheit und ein steter Wechsel des Rechtes sich ergeben könnten. Denn für jenen Einfluß wird ja eine Gemeinschaft der Ueberzeugung und eine materielle Uebereinstimmung der Ansichten in allen Individuen, welche hiebei in Betracht kommen können, nothwendig vorausgesetzt. Eine solche Uebereinstimmung entsteht aber keineswegs auf einem künstlichen Wege, d. h. in Folge einer freiwilligen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Uebereinkunft der betreffenden Individuen; sondern sie stellt sich vielmehr als eine naturwüchsige dar, welche durch eine und dieselbe Geistes-Richtung, oder durch den nationalen Sinn und Charakter der einzelnen Glieder der Rechtsgemeinschaft vermittelt wird. Diese ursprünglich eingeborene Geistes-Richtung

kann und muß nun aber auch in den theoretischen und praktischen Juristen hervortreten, da auch sie von dem Volksgeiste erfüllt, beseelt, beherrscht und getrieben sind.

Ein wissenschaftliches Gewohnheitsrecht läßt sich also erst dann erkennen, wenn es seinen geschichtlichen Bildungsprozeß vollendet hat. Dasselbe geht nämlich aus dem Zusammenwirken der verschiedenartigsten, oft feindlich einander gegenübertretenden und mit einander kämpfenden, Meinungen hervor. Erst aus und in dem festen Niederschlage dieser geistigen Bewegung enthüllt und offenbart sich die nationale Ueberzeugung Die Meinung und Aussprache eines Einzelnen kann zwar diese letztere in sich enthalten (und Einer muß sie zuerst aussprechen); allein als Volksüberzeugung und als nationaler Wille erscheint sie erst dann, wenn sie durch die Berührung und den Kampf vielgestaltiger Auffassungen hindurchgegangen, und endlich widerstandslos in das allgemeine Bewußtsein eingedrungen ist. Erst hierdurch wird das subjektive Bewußtsein zu einem objektiven, die individuelle Ueberzeugung zu einer nationalen, der individuelle Wille zum Volkswillen, also zum Rechte. Zu gleicher Zeit kann ein solchergestalt zur bewußten Erkenntniß erhobenes Gewohnheitsrecht als Wurzel und Keim für eine neue Rechtsbildung erscheinen.

---

§. 16.

Wir wollen nun aber auch die mit den vorangegangenen Ausführungen im engsten Zusammenhange stehende, in der ersten Abtheilung dieses Werkes vielfach berührte, Frage zu lösen suchen: In welchem Verhältnisse stehen die sog. vollständigen oder ausschließlichen Partikular-Gesetzbücher der

neueren Zeit zu dem gemeinen Rechte?, m. a. W. worin besteht die Bedeutung und die Wirkung einer solchen Exklusivität oder Vollständigkeit? Ist durch diese umfassenden und abgeschlossenen Gesetzbücher die unmittelbar praktische Geltung des gemeinen Rechtes durchaus aufgehoben worden? Ist also namentlich die Ergänzung einer derartigen Gesetzgebung blos aus und durch sich selbst zu bewirken, so daß der unter ihrer Herrschaft stehende Richter die praktisch anwendbaren Rechtsnormen blos und allein aus seinem Partikularrechte schöpfen müßte und dürfte?

Die herrschende Meinung bejaht nun alle diese Fragen in unbedenklicher Weise; ja sogar Savigny und Puchta scheinen im Allgemeinen, wenigstens formell, der gleichen Auffassung zu huldigen, wenn gleich ihr genialer Takt sie davor bewahrt hat, die materiellen Wirkungen und Consequenzen anzuerkennen, welche die meisten Schriftsteller mit jenem prinzipiellen Ausgangspunkte zu verknüpfen pflegen (was wir namentlich aus ihren betreffenden Aeußerungen über die Gesetzbücher in Oesterreich und Preußen nachzuweisen uns vorbehalten).

Allein hier tritt uns ein Punkt entgegen, wo wir glauben, die von den beiden Coryphäen der heutigen deutschen Rechtswissenschaft dargelegten Gedanken schärfer formuliren und präzisiren, beziehungsweise die (von ihnen nicht gezogenen) Consequenzen aufdecken zu können, welche aus den, von jenen Schriftstellern gelehrten, juristischen Grundprinzipien —, unseres Erachtens, — mit strenger (logischer) Folgerichtigkeit sich ergeben.

Unsere Schrift geht also hierin einen Schritt weiter, als die seitherige historische Rechtslehre; wiewohl sich eine materielle Anerkennung und Andeutung des, im Folgenden zu entwickelnden, Zusammenhanges in den Werken Savigny's

und Puchta's, und zwar namentlich in dem trefflichen, mehrgenannten Buche über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", allenthalben ausgesprochen findet.

Wofern wir nun zunächst den Sinn auffassen, welchen alle neueren und neuesten Partikular-Gesetzbücher ihrem Charakter der Exklusivität selbst zu Grunde gelegt; wenn wir also die Tendenz ins Auge fassen, welche diese selbst mit der fraglichen Vollständigkeit verfolgt haben: so ergibt sich uns das folgende, von der herrschenden Meinung anerkannte, Resultat. Jedes derartige Gesetzbuch wollte das vor ihm in praktischer Geltung gestandene Recht, und zwar namentlich das, auf der Grundlage der römischen und canonischen Gesetze beruhende, gemeine Recht durchaus aufheben, also auch nach seiner subsidiären Bedeutung beseitigen, und sich selbst an dessen Stelle setzen. Es wollte also als alleinige Quelle (abgesehen von der in mehr oder minder beschränkten Gebieten fortdauernden Herrschaft älterer Rechtsnormen) den ganzen, gegenwärtigen und zukünftigen, Rechtszustand beherrschen, und demzufolge auch seine Ergänzung, gleich wie seine Fortbildung aus und durch sich selbst bewirken. Jedes zu dieser Gattung gehörige Gesetzbuch bildet und begründet ein erschöpfendes Rechtssystem; es enthält (mit Savigny, „Beruf" S. 19, zu sprechen) „die Aufzeichnung des gesammten bestehenden Rechtes, mit ausschließender Gültigkeit vom Staate selbst versehen."

Vor allen Dingen ist nun aber einer solchen exklusiven Tendenz gegenüber ein Umstand hervorzuheben, auf welchen schon Puchta, Gewohnheitsrecht, Th. II. S. 248, hingewiesen hat. Durch die fragliche Aufhebung konnte nämlich auf alle Fälle doch blos das seither bestandene, keineswegs aber ein

zukünftiges, erst neu sich bildendes, Recht betroffen werden. Es fällt also diese Frage mit der nach der Bedeutung, Geltung und Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes, beziehungsweise des Gerichtsgebrauches, auf dem Boden einer solchen abgeschlossenen Gesetzgebung völlig zusammen. So wenig günstig daher auch die neuere Codifikation überhaupt dem Gewohnheitsrechte sich zeigt, und so einig auch namentlich die partikularen Strafgesetzbücher aus neuerer und neuester Zeit in der möglichsten Einengung, ja sogar in der gänzlichen Verbannung dieser Rechtsquelle sein mögen: so besitzen sie dennoch nicht die Macht, den Fluß derselben gänzlich zu verstopfen und aufzuhalten, wenn gleich regelloser und zweckwidriger zu gestalten. Eine solche Tendenz vergleicht Puchta a. a. O. in sehr treffender Weise mit der, absolut unwirksamen, sog. clausula derogatoria. Die fortschreitende Entwicklung des Rechtes läßt sich nicht für die Dauer hemmen und zurückhalten; und es wird daher auch neben dem vollständigsten Gesetzbuche ein Gerichtsgebrauch oder eine sog. Praxis stets mit Nothwendigkeit sich bilden, und zwar nicht blos mit einer ergänzenden, sondern auch mit einer derogatorischen Funktion. Es kommt also nur darauf an, ob die Gesetzgebung Das, was in der Natur der Verhältnisse liegt, in bewußter Weise anerkennen, oder aber durch die Versagung dieser Anerkennung zu einem regelwidrigen, indirekten Bildungsprozesse, oder sogar zu einem gewaltsamen Durchbruche nöthigen will? (Zu vergl. auch unsere obige, gegen Wächter gerichtete, Note 42 auf S. 127 u. 128.)

Sobald man nun aber den Gerichtsgebrauch als eine stets produktive und ununterbrochen fortfließende Quelle betrachtet, und ihn auch neben einer vollständigen oder ausschließlichen Gesetzgebung zuläßt: so widerfährt ihm, wie ich glaube, nicht sein vollkommenes Recht, wenn man ihn blos

und allein als einen partikularen auffaßt, und nicht auch seiner gemeinrechtlichen Funktion und Bedeutung die gebührende Rechnung trägt. Die Existenz, gleich wie die Wirksamkeit und Fruchtbarkeit solcher partikularer, auf ein weiteres oder engeres (räumliches) Herrschaftsgebiet beschränkter, Gerichtsgebräuche will ich zwar durchaus nicht in Abrede ziehen. Allein ich behaupte nur, daß das Hauptfeld für das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht, und zwar sowohl nach seiner extensiven Ausdehnung und quantitativen Ergiebigkeit, als auch nach seiner überwiegenden intensiven Bedeutung, durch das gemeine Recht gebildet wird. — In den meisten allgemeinen Rechtsbegriffen, welche namentlich den Inhalt des sog. allgemeinen Theiles des Strafrechtes bilden, herrscht wohl in ganz Deutschland und in dem gesammten Gebiete aller einzelnen deutschen Staaten eine und dieselbe Anschauung, so daß die Verschiedenheiten in deren Conzeption und Fassung blos als doktrinelle, aus Controversen hervorgegangene, Meinungsdifferenzen, keineswegs aber als solche Unterschiede betrachtet werden können, welche durch nationale Bedürfnisse und Eigenthümlichkeiten begründet wären. Ob und inwieferne ein Versuch mit untauglichen Mitteln strafbar sei; worin dolus und culpa mit ihren verschiedenen Arten, Graden und Combinationen (dolus indirectus, eventualis u. generalis, impetus, luxuria, culpa dolo determinata, etc. etc.) bestehen; welche Erfordernisse zu dem Begriffe des physischen und intellektuellen Urhebers, des Gehülfen, des Complottes, des fortgesetzten Verbrechens, ꝛc. gehören?: über diese und zahlreiche ähnliche Fragen besteht keine besondere Preußische, Bairische, Württembergische, Nassauische ꝛc. Anschauung, sondern vielmehr nur eine Verschiedenheit der wissenschaftlichen Ansichten unter den Juristen der einzelnen deutschen Länder. Es erscheint also als eine Sache der

mehr oder minder ungebundenen Willkühr und des Zufalles, welche besondere doktrinelle Auffassung in das jeweilige Gesetzbuch die Aufnahme und formelle Sanktion gefunden. Auf die großen Inkonveniencen einer solchen legislativen Fixirung von, mehr oder minder einseitigen, wissenschaftlichen Resultaten während ihres fortgehenden und noch nicht abgeschlossenen Entwicklungs- oder Gährungsprozesses hat zwar Savigny in mehrfacher Wiederholung, sowohl in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", als auch in seinem „Systeme des heutigen Römischen Rechts", nachdrücklich aufmerksam gemacht [90]). Allein seine gewichtige Stimme hat in dieser so bedeutsamen und folgenreichen Frage bis jetzt keineswegs die gebührende Beachtung gefunden.

Wenn man nun davon ausgeht, daß die Wissenschaft fortwährend einen großen Einfluß auf die Auslegung der Partikular-Gesetzbücher übt und üben werde; wenn man ferner (gleich uns) die Ueberzeugung hegt, daß das wissenschaftliche Gewohnheitsrecht, abgesehen von mehr untergeordneten Punkten und Beziehungen, einen allgemeinen oder deutsch-nationalen, also einen gemeinrechtlichen Charakter an sich trage: so hat man eben damit die lebendige Fortdauer und gegenwärtige (for-

90) Besonders bezeichnend und conzis ist sein betreffender Ausspruch im „System" B. I. §. 14, S. 47 u. 48, wo er die formelle Rückwirkung der Wissenschaft auf das Recht bei den Römern und in der modernen Zeit schildert, und die Bemerkung anfügt: „In neueren Zeiten ist diese formelle Rückwirkung viel ausgebreiteter, mannigfaltiger und mächtiger geworden, und darin eben liegt die große Gefahr bei der Abfassung eines umfassenden Gesetzbuches, durch welches unvermeidlich das zeitliche Ergebniß formeller Auffassung fixirt, und der natürlichen Reinigung und Veredlung durch fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung entzogen wird."

melle) Geltung des gemeinen Rechtes von selbst anerkannt. Sobald man die Existenz eines wissenschaftlichen Rechtes überhaupt zugesteht; so muß man dasselbe, wie mir scheint, nach seiner vorzüglichsten Bedeutung und seinem weitaus überwiegenden Inhalte als ein allgemeindeutsches oder ein gemeines auffassen, da es eine partikularrechtliche Wissenschaft, namentlich im Gebiete des Strafrechtes, nur erst noch in schwachen Anfängen gibt. An dem allgemeinen Wesen und Streben der Wissenschaft besitzen daher auch die partikularistischen Tendenzen unserer Tage ihre heilsame Schranke und ihr nothwendiges Gegengewicht; denn die Wissenschaft hebt uns stets —, wie Puchta, Vorlesungen B. I. §§. 5—8, S. 14, so treffend bemerkt, — über das Besondere hinaus, da sie wesentlich in dem Allgemeinen lebt und sich bewegt.

Das gemeine Recht bildet die Wurzel und den historischen Boden, auf und aus welchem die neueren Partikular-Gesetzbücher erwachsen sind. Dies wird von fast allen heutigen Schriftstellern unbedenklich anerkannt [91]). Allein das gemeine

91) In einer sehr treffenden und lehrreichen Weise spricht sich über dieses Verhältniß zwischen dem gemeinen und den partikularen Rechten namentlich Eichhorn in dem, bereits oben citirten, Aufsatze in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. I. S. 124—146, aus. Indem er hier die Behauptung verficht, daß kein einziges der deutschen Partikularrechte ein abgesondertes, für sich bestehendes, Dasein habe und haben könnte, „weil kein deutsches Land durch Volkseigenthümlichkeit und Geschichte jemals ganz von dem übrigen Deutschland getrennt gewesen sei;“ indem er ferner deren Partikularitäten (gleich uns) auf die größeren oder geringeren Abweichungen vom gemeinen Rechte in einzelnen Rechtsverhältnissen beschränkt, — fügt er hinzu: „Daher strebt auch kein Landesrecht nach der Vollständigkeit, die ein in sich abgeschlossenes, als ein für sich bestehendes Ganzes zu betrachtendes, Recht nothwendig haben muß, und darum würde man sich auch ganz vergeblich bemühen, irgend ein

Recht muß, meiner Ueberzeugung nach, auch als die nothwendige Ergänzungsquelle für jene Gesetzbücher betrachtet und festgehalten werden, da dieselben für ihr theoretisches und praktisches Verständniß die Wissenschaft schlechthin nicht entbehren können, und diese letztere hinwiederum nur an dem gemeinen Rechte ihre Lebenswurzel, ihr einheitliches und organisches Band, gleich wie den Stoff für ihre ununterbrochen fortschreitende Entwicklung und stete, lebendige Verjüngung besitzt. Schon Wächter hat daher wiederholt in dankenswerther und überzeugender Weise seine mahnende Stimme gegen den Partikularismus der neueren Strafgesetzgebung erhoben und auf die Gefahren hingewiesen, welche hieraus künftighin für die Wissenschaft unfehlbar erwachsen müßten (zu vergl. besonders die in der ersten Abtheilung S. 64 u. 65 angeführten Aeußerungen). Allein in dem Mittel, durch welches er von Seiten der Wissenschaft jenen Mißständen begegnen will, können wir uns keineswegs mit ihm einverstanden erklären. Vielmehr stellen wir dieser die Aufgabe, dem Partikularismus unseres Rechtslebens nicht unbedingt zu folgen, sondern vielmehr durch die Bewahrung ihres allgemein-deutschen oder nationalen Charakters und ihres gemeinen oder nationalen Stoffes auch der Gesetzgebung die stete Umkehr zu dieser allgemeinen Quelle zu ermöglichen.

Daß übrigens auch in unmittelbar praktischer Beziehung unsere heutigen Partikular-Gesetzbücher nicht

---

Partikularrecht blos aus seinen geschriebenen Quellen und dem, was wirklich ungeschriebenes Lokalrecht ist, in einem wissenschaftlichen Zusammenhange darzustellen. Beide Arten von Rechtsquellen setzen vielmehr wesentlich ein von ihnen unabhängiges und über ihnen stehendes Recht voraus, welches sie bestätigen, näher bestimmen, abändern oder beschränken, und aus welchem sie selbst ergänzt werden."

die Fähigkeit besitzen, lediglich aus und durch sich selbst ergänzt zu werden, sondern vielmehr auch nach dieser Seite hin der gemeinrechtlichen Wissenschaft in ausgedehntem Maße nothwendig bedürfen: Dies werden wir in dem folgenden Kapitel durch eine eingehende Deduktion nachzuweisen versuchen.

Zu den seither entwickelten Resultaten können wir nun aber auch von einem anderen Ausgangspunkte her gelangen, indem wir nämlich die Fortbildung der fraglichen Gesetzbücher in's Auge fassen. Denn die unabweisbare Nothwendigkeit einer solchen Fortbildung wird doch wohl Niemand in Abrede ziehen wollen. Dieselbe aber ausschließlich im Wege der Gesetzgebung zu effektuiren, wird gewiß auch bei dem besten Willen und größten Eifer als eine kaum ausführbare Sache sich darstellen, da die häufige Wiederkehr einer totalen Revision, oder auch eines blosen Nachhelfens durch vereinzelte (derogatorische) Gesetze oder sog. Novellen, aus vielfachen, leicht ersichtlichen, Gründen keine Begünstigung verdient. Es bleibt daher wohl kein anderer Ausweg übrig, als in dieser Richtung der Wissenschaft und dem Gerichtsgebrauche möglichst freie Hand zu lassen. Woher sollen nun aber diese letzteren Faktoren die Elemente, Gründe, Motive und den Stoff für die geforderte Fortbildung schöpfen, da sie solche doch unmöglich auf dem Boden und in dem Umkreise der bestehenden Gesetzgebung selbst zu finden vermögen? Wir antworten: aus den fortschreitenden geistigen Bedürfnissen und Anschauungen des Volkes selbst, welche und insoweit sie in der Wissenschaft ihren Ausdruck finden. Jene Bedürfnisse und Anschauungen werden aber zum weitaus größten Theile allgemein-deutsche sein, welche aus der voranschreitenden Entwicklung der ganzen Nation, nicht etwa bloß eines einzelnen ihrer Stämme, hervorgehen, obwohl auch die Existenz und

Wirksamkeit der letzteren, d. h. neuer partikularrechtlicher Gewohnheiten und Gerichtsgebräuche (wie bereits angedeutet), keineswegs ganz und gar in Abrede gezogen werden soll.

Nach der hier vertretenen Auffassung konnte und kann daher jede umfassende Partikular-Gesetzgebung nur beabsichtigen, theils das gemeine Recht auf der Stufe seiner dermaligen Ausbildung und Entwicklung zu fixiren, theils das eigenthümliche, in dem betreffenden Lande geltende, Recht, welches und insoweit es besondere, von jenem abweichende, Bestimmungen in sich enthält, — also das partikulare Recht im eigentlichen und materiellen Sinne — zu sanktioniren und festzustellen. Jedes derartige Gesetzbuch enthält eine Mischung von partikularrechtlichen und gemeinrechtlichen Elementen, und bildet demzufolge blos der Form nach Ein Partikularrecht. Da es nun aber das gemeine Recht nur in derjenigen Bildungsstufe in sich aufnehmen konnte und wollte, welche dieses zur Zeit seiner Abfassung erreicht hatte; so darf man ihm doch nicht wohl die Tendenz einer Abschließung gegen dessen fortschreitende, durch die Wissenschaft vermittelte, Entwicklung und gegen die Einwirkung einer gereinigten Theorie zuschreiben. Eben so wenig kann und will wohl eine solche Gesetzgebung den ergänzenden und derogatorischen Einfluß eines partikularen Gerichtsgebrauches im wahrhaften (materiellen) Sinne gänzlich abschneiden, wenn sie gleich bestrebt ist, seine ursprüngliche Bildung innerhalb bestimmter Grenzen einzuschließen, was freilich auch nur bis zu einem gewissen Grade gelingen dürfte [92].

---

92) Auch hierüber finden sich sehr lehr- und geistreiche Andeutungen in Puchta's Werke über das Gewohnheitsrecht. In Th. I S. 210 gibt er z. B. bei Gelegenheit der Widerlegung der, vielfach h. z. T. noch verbreiteten, irrigen Annahme, als ob der Wille des Gesetzgebers der Grund

Dieser Sachverhalt läßt sich nun sogar auch historisch nachweisen. Der wesentliche Unterschied nämlich, welcher zwischen dem Bairischen Strafgesetzbuche von 1813 und den seit 1838 in den übrigen Ländern erschienenen, beziehungsweise in der neuesten Zeit revidirten, Gesetzbüchern in unverkennbarer Weise hervortritt, beruht in der Hauptsache auf den Fortschritten, welche die gemeinrechtliche Doktrin seit jener Zeit gemacht hat. Diese Verschiedenheit wird also so ziemlich mit derjenigen zusammenfallen, welche zwischen dem Lehrbuche Feuerbach's und den heutigen strafrechtlichen Compendien besteht [93]). Prüft man den Inhalt jener neueren Gesetzbücher, und zwar vorzugsweise ihres allgemeinen Theiles; so erlangt man die Ueberzeugung, daß derselbe im Wesentlichen nichts Anderes enthält, als die Resultate der gemeinrechtlichen Doktrin unserer Zeit, wobei auch die in ihr herrschenden Contro-

für die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes sei, die folgende Aeußerung ab: „Die Entstehung der gemeinsamen Ueberzeugung liegt weit über der Sphäre der Staatsgewalt hinaus, keine irdische Gewalt überhaupt vermag sie zu erreichen. Man kann also nur von einem Einflusse der Gesetzgebung auf die Geltendmachung, auf die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes sprechen. Gesetzt nun aber auch, daß ein Gesetzgeber die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes völlig aufheben könnte (denn auch dieses wird Derjenige nicht behaupten, der die unzähligen, nicht blos äußeren, sondern auch inneren und verborgenen Wege bedenkt, auf welchen sich eine nationelle Ueberzeugung Bahn zu machen vermag), könnte man darum sagen, der Grund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes sei die Staatsgewalt? — ich müßte denn auch der Grund des Lebens meines Nachbars sein, weil ich ihn etwa todtschlagen kann!"

93) Diese Fortschritte der neueren gemeinrechtlichen Criminal-Wissenschaft kann man namentlich auch in den Noten ausgesprochen finden, welche Mittermaier in den vielfachen, von ihm veranstalteten, Ausgaben des Feuerbach'schen Lehrbuches dem Texte hinzugefügt hat. Hierauf haben wir schon in der ersten Abtheilung S. 166, Note 97 hingedeutet.

versen (wie wir bereits oben angedeutet), ihren unverkennbaren Einfluß geübt. Schon hieraus läßt sich also ersehen, daß das gemeine Recht seit 1813 in seiner Entwicklung wesentlich fortgeschritten ist, und eine ganz andere Gestalt gewonnen hat. Freilich kann man dieser Betrachtungsweise entgegenhalten, daß bloß und allein die wissenschaftliche Erkenntniß des geschichtlich gegebenen Rechtsstoffes, keineswegs aber dieser selbst, fortgeschritten sei und eine Umwandlung erfahren habe. Allein die Erkenntniß gehört nothwendig zum Rechte; ein nicht erkanntes und gewußtes Recht bildet eben keines; das Recht und sein Bewußtsein fallen nothwendig mit einander zusammen (was auch Stein in der in der ersten Abtheilung S. 221 erwähnten Abhandlung treffend ausführt).

Wofern man der besseren und geänderten Erkenntniß des geschichtlich entwickelten Rechtsstoffes keinen praktischen Einfluß verstattet, z. B. der neueren Erforschung des wahren Sinnes der römischen Gesetzesaussprüche über die sog. Provokationen; so bildet jene eine blos historische, oder theoretische, oder rein spekulative Erkenntniß. Wofern man dagegen eine solche praktische Einwirkung zuläßt, z. B. bei der Lehre von den Graden der Culpa, von dem Beweise des Gewohnheitsrechtes, 2c.; wofern man also die Erkenntniß des Rechtes von denjenigen Elementen befreit, welche Savigny als die „Ausflüsse einer unächten Theorie" bezeichnet: so gestaltet man eben damit das gemeine Recht selbst um, und bewirkt seine Fortbildung. Dies läßt sich schon einfach daraus entnehmen, daß man an die Stelle der seither geltenden und angewandten Rechtsgrundsätze andere setzt.

Nehmen wir zum Zwecke der vollkommeneren Beleuchtung

des behaupteten Sachverhaltes ein Beispiel aus dem Strafrechte selbst, und zwar sogleich sein oberstes Prinzip, die sog. Strafrechts-Theorie! Es ist bekannt und allgemein zugestanden, daß die sog. Abschreckungs-Theorie, welche zur Zeit Feuerbach's das deutsche Strafrecht in der Doktrin, Praxis und Gesetzgebung, wenn auch mit mancherlei Modifikationen und unter verschiedenen Ausdrucksweisen wesentlich beherrschte und bestimmte, aus dem heutigen deutschen Volksbewußtsein, wie sich dasselbe in und durch seine wissenschaftlichen Träger offenbart, völlig gewichen ist. An deren Stelle ist die sog. Gerechtigkeits-Theorie getreten, freilich in einer mehr oder minder gereinigten Gestalt und unter stärkerer oder schwächerer Nachwirkung des früheren Prinzipes. Hat sich nun aber hierdurch nicht zugleich auch das deutsche (gemeine) Strafrecht selbst (seiner ganzen Grundlage und seinem ganzen Baue nach) hinsichtlich seines praktischen Inhaltes geändert, umgestaltet und fortgebildet?

Zu dem völlig gleichen Resultate gelangen wir, falls wir einen anderen entscheidenden Hauptpunkt der heutigen Strafrechtslehre in's Auge fassen. — In der Doktrin unserer Zeit beginnt die Anschauung durchzudringen, daß die Todesstrafe, wenn sie auch keinesfalls gänzlich abgeschafft werden kann, auf die schwersten Verbrechen zu beschränken, so selten, als möglich, in Anwendung zu bringen, und auf alle Fälle von den, in früherer Zeit üblichen, Schärfungen und Qualifikationen zu befreien sei. Hat sich nun hiemit unser gemeines deutsches Strafrecht nicht in einer sehr bedeutsamen Frage wesentlich umgestaltet, und wird dieser geänderten (nationalen) Rechtsanschauung irgend eine der besonderen Landesgesetzgebungen für die Dauer widerstehen können?

Hiemit dürfte doch wohl, wie ich glaube, der in der

ersten Abtheilung S. 411 ausgesprochene Satz, daß das gemeine Recht zugleich mit der Wissenschaft fortschreite, sich entwickle und umgestalte, seine genügende Erläuterung und Rechtfertigung gefunden haben.

Eine besondere Consequenz dieser unserer Auffassung bildet auch die (in der ersten Abtheilung mehrfach behauptete) für jeden einzelnen deutschen Volksstamm und deutschen Staat bestehende Unmöglichkeit, das gemeine Recht gänzlich aufzuheben, und sich seiner Einwirkung durchaus zu entziehen. Denn Dies würde nichts anderes heißen, als von dem Einflusse des deutschen Volksgeistes, und mittelbar von dem Einflusse der Wissenschaft, sich völlig freimachen und loslösen wollen!

---

§. 17.

Auf der Grundlage der im vorigen §. gegebenen Ausführung können wir nun auch die weitere Behauptung wagen, daß die Absicht des Oesterreichischen Gesetzbuches von 1811 und des Allgemeinen Preußischen Landrechtes von 1794, das Römische Recht innerhalb ihres Herrschaftsgebietes gänzlich aufzuheben, und ihm seine formelle Eigenschaft und Geltung durchaus d. h. auch in der Bedeutung einer subsidiären Rechtsquelle, zu entziehen, als eine vollkommen mißlungene und gescheiterte betrachtet werden müsse. Sie haben also ihre desfallsigen Tendenzen in effektiver Wirklichkeit nicht erreicht, und das von ihnen angestrebte Werk ist über das Stadium des blosen Versuches nicht hinausgeschritten. Den wahrhaften Grund für die Vereitlung und Erfolglosigkeit ihres beabsichtigten Unternehmens erblicke ich in dem entgegenstehenden Willen der ganzen deutschen Nation, welcher durch seine wissenschaftlichen Vertreter, d. h. durch die theoretischen und praktischen Juristen,

sich ausgesprochen und realisirt hat. In diesem Mißlingen jener gesetzgeberischen Bestrebungen —, welches wir als eine historische Thatsache constatiren, und dessen Gründe wir jetzt, wo ein längerer Zeitraum von der Entstehung der in Frage stehenden Gesetzbücher uns trennt, vollständig durchschauen können, — liegt eine eindringliche Lehre und ernste Mahnung für unsere heutigen Gesetzgeber. Es kommt also blos darauf an, ob sie diesen bedeutsamen Wink der Geschichte beherzigen, oder aber wohl dem gleichen Geschicke verfallen wollen, wie ihre Vorgänger?

Die Gesetzbücher aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts verdankten nämlich ihre Entstehung und ganze Richtung dem ungeschichtlichen, auf der abstrakten Grundlage des damaligen Naturrechtes ruhenden, Geiste ihrer Zeit. Als nun aber, von Hugo angeregt, gleich wie vornehmlich von Savigny, Eichhorn und Puchta in vollkommener Weise ausgebildet, die historische Auffassung und Methode sich Bahn brach, und allmälig zum herrschenden Geiste der Rechtswissenschaft sich erhob: da konnte ihr rückwirkender Einfluß auf die Auslegung, Anwendung, Ergänzung und Fortbildung jener Gesetzbücher nicht ausbleiben. In Preußen insbesondere wurde demzufolge das Römische Recht als die Grundlage des rechtswissenschaftlichen Studium's fortwährend beibehalten, und mit größtem Eifer und ernster Gründlichkeit gepflegt. Wie hätte nun der von diesem Rechte auf dem Grunde seiner geänderten wissenschaftlichen Behandlung und Erkenntniß ausgehende, umgestaltende und fortbildende, Einfluß auf das Preußische Landrecht abgewehrt werden sollen? Wofern man die wirklich bestehende Praxis, also das wahrhaft lebendige Recht in Preußen näher erforscht, und nach seinen materiellen Elementen zerlegt: so wird es wohl nicht schwer

sein, den evidenten Nachweis zu führen, daß das heutige Römische Recht in derjenigen Gestalt, in welcher es von der neueren Doktrin erkannt und gelehrt wird, trotz der fehlenden, oder sogar entgegenstehenden, Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes, zur praktischen Geltung durchgedrungen ist. Es werden sich in Preußen eine Menge von wahrhaft derogatorischen Gerichtsgebräuchen nachweisen lassen, welche (abgesehen von den, ohne Zweifel gleichfalls vorkommenden, partikularen Gerichtsgebräuchen von größerer oder geringerer Bedeutung und Ausdehnung) auf der Grundlage der neueren Wissenschaft und eben damit auf der Grundlage des heutigen gemeinen deutschen, namentlich des heutigen römischen, Rechtes beruhen. — In Oesterreich wird zwar das gleiche Verhältniß stattfinden, aber wohl in geringerem Maße und mit minder großer Bedeutung, da sein wissenschaftliches Leben überhaupt, gleich wie seine Rechtsentwicklung insbesondere, eine von dem in den übrigen deutschen Ländern herrschenden Geiste mehr unabhängige Richtung verfolgt hat. Auch hier jedoch wird sich gewiß die, von uns behauptete, Einwirkung des heutigen römischen Rechtes, wenn gleich in einem beschränkteren Umfange, zweifellos nachweisen lassen; und auch hier hat die Gewalt der Natur der Dinge in der neuesten Zeit eine Zurücklenkung auf die richtige Bahn herbeigeführt, und einen so erfreulichen Umschwung in dem wissenschaftlichen Geiste bewirkt, daß dessen heilsame Früchte für Oesterreich sowohl, als für das deutsche Gesammtvaterland, mit Zuversicht zu gewärtigen sind.

Ueber die Unentbehrlichkeit und die hohe (formelle) Bedeutung des Römischen Rechtes für die Auslegung der genannten Gesetzbücher haben sich übrigens Savigny und Puchta in bestimmtester Weise ausgesprochen. Letzterer schreibt

sogar jenem Rechte eine ergänzende und praktische Funktion zu, indem er in den „Vorlesungen", B. I. S. 18, (mit derben Worten) bemerkt:

„Aus diesem Verhältnisse der Gesetzbücher zum römischen Rechte geht aber auch ferner hervor, daß dieses in den Gerichten als wissenschaftliche Ergänzung anzuwenden ist. In unzähligen zweifelhaften Punkten wird der Richter sich durch den Rechtsverstand des römischen leiten zu lassen haben. Nur die alleräußerste Unwissenheit könnte glauben, daß mit der Aufhebung seiner gesetzlichen Autorität das Römische Recht aufgehört habe, von praktischem Gebrauche zu sein. Ganz anders haben die Gesetzgeber, die das Preußische Landrecht einführten, die Sache angesehen. Sie haben das römische Recht als unentbehrliche Vorschule für das Landrecht erkannt und festgehalten."

In einer mehr vermittelnden und elastischen Weise äußert sich Savigny, System B. I. §. 21, S. 104 (an der auch in der ersten Abtheilung, Note 10, S. 14 angeführten Stelle) folgender Maßen:

„Durch ihre ausschließende Natur gaben diese Gesetzbücher dem positiven Rechte ihrer Länder eine ganz neue Basis: neu der Form nach, indem nun in ihrem Gebiete von einer unmittelbaren Anwendung des Römischen Rechtes nicht mehr die Rede sein kann: nicht neu dem Gehalte nach, indem die in den früheren Rechtsquellen wurzelnden Begriffe und Rechtsregeln auch in den neueren Gesetzbüchern fortleben. Daher ist denn auch eine gründliche Einsicht in diese Gesetzbücher nur dadurch möglich, daß ihr Inhalt auf seinen ersten Ursprung zurückgeführt wird, so daß durch dieselben ein erschöpfendes

Studium der früheren Rechtsquellen um gar Nichts entbehrlicher geworden ist, wie sehr sich auch Viele mit einer solchen Erleichterung der juristischen Arbeit geschmeichelt haben mögen."

Sehr treffend und schön drückt auch Bethmann-Hollweg in der Vorrede zum Grundrisse für Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß, 3te Ausgabe von 1832, S. IX — den gleichen Grundgedanken mit den Worten aus:

„Ist nicht unser Corpus juris selbst ein wahres Gesetzbuch, das wir nur zum Behuf gründlicher Interpretation in seine Bestandtheile zerlegen, indem wir den historischen und systematischen Zusammenhang aufsuchen, um zum rechten Verständnisse des Gesetzes zu gelangen? Und nicht anders werden wir neuere Gesetzgebungen zu behandeln haben, nur daß sie, indem sie sich zu isoliren bemühen, die Anwendung dieser Methode erschweren. Aber die Natur der Dinge ist stärker, als die menschliche Willkühr. Sie waren nicht im Stande, jenen geschichtlichen Zusammenhang aufzuheben, sie sind, mehr oder weniger bewußt, dennoch durch ihn bestimmt worden, und es gibt keinen anderen Weg gründlichen Verständnisses ihres Inhaltes, als auch sie in ihre Elemente aufzulösen, jegliches in seine organische Umgebung zu versetzen, und so den historischen und systematischen Zusammenhang wieder aufzubauen, auf dessen Zerstörung man ausgieng. Ja es hat einen eigenthümlichen Reiz, den Widerstand, den die todte Masse eines solchen Gesetzbuches uns entgegensetzt, durch Anwendung der richtigen Methode siegreich zu überwinden, und ihre innere Wahrheit dadurch noch glänzender zu rechtfertigen."

Wir fügen nun dieser Auffassung nur ein einziges, weiteres Element hinzu, und stellen — in der Consequenz der Prinzipien der historischen Rechtslehre — die folgende Behauptung auf:

Die zugelassene Auslegung der partikularen Gesetzbücher aus und vermittelst des Römischen Rechtes bildet und begründet an sich ein wissenschaftliches Recht. Dieses letztere fällt aber mit dem heutigen (gemeinen) Römischen Rechte zusammen, da dessen ganze Existenz und Bedeutung auf einem wissenschaftlichen Gewohnheitsrechte beruht. Auch in Oestreich und Preußen ist daher dieses wissenschaftliche gemeine Recht nach seinem doppelten Elemente (nämlich nach seinen vollendeten oder gewohnheitsrechtlichen und nach seinen flüssigen oder rein wissenschaftlichen Bestandtheilen) zum reellen Durchbruche und zur effektiven Herrschaft gelangt, so daß es theils neben, theils gegen den Inhalt ihrer Partikular-Gesetzbücher das praktische Rechtsleben wahrhaft bestimmt und beherrscht [94]).

94) In einem anderen Zusammenhange hat Savigny selbst die hier behauptete Consequenz der geschichtlichen Rechtsanschauung ausgesprochen. In der (schon mehrfach, namentlich oben S. 177 u. 255 erwähnten) ersten Beilage zur Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 173 gibt er, gelegentlich einer Entgegnung auf Pfeiffer's „Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für deutsche Staaten", die folgenden, höchst beachtenswerthen Aeußerungen ab:

„Auch hier also bleiben die allgemeinen Gegengründe bestehen; daß wir auf keine Weise ausgerüstet sind, ein solches Gesetzbuch zu machen,

Was also Savigny und Puchta den abgeschlossenen Gesetzbüchern aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts gegenüber innerhalb des Privatrechtes angestrebt und wirklich durchgesetzt haben: ganz das Gleiche wollen wir den partikularen Strafgesetzbüchern unserer Zeit gegenüber herbeizuführen versuchen. Wir richten demgemäß unser Hauptbestreben dahin, der Wissenschaft des gemeinen Rechtes ihre fortdauernde, selbst-

---

daß das wissenschaftliche Leben des Rechtes untergehen wird, und daß das Gesetzbuch zum Behuf der Anwendung doch wieder eine unsichtbare Umgebung von Gerichtsgebrauch, Doktrin, oder wie man es sonst benennen will, erhalten muß, die dann das eigentlich Herrschende sein wird, die sich aber auf eine zufällige, willkührliche, bewußtlose Weise bilden wird, während sie jetzt in dem Zusammenhange mit früheren Jahrhunderten eine herrliche Lebenswurzel findet. Eine solche geistige, unsichtbare Umgebung ist überall, auch bei dem reichhaltigsten und durchgreifendsten Gesetzbuche der wahre Sitz des lebenden Rechtes, und es ist unbegreiflich wie der Verfasser Hugo's Behauptung, daß es so sei, für etwas ganz eigenes und unerhörtes hat halten können. Das Preußische Landrecht z. B. verbietet ausdrücklich alle dem Gesetze derogirende Gewohnheiten, und insbesondere alle Rücksicht auf den Gerichtsgebrauch, und dennoch, so neu dieses Gesetzbuch auch ist, hat sich durch die Anwendung in den Gerichten so vieles modifizirt, ergänzt, anders gestellt, daß das geschriebene Landrecht, mit dem in den Preußischen Gerichten lebenden Rechte keineswegs identisch ist. So ist es überall, und so muß es überall bleiben; nur wird darin ein großer Unterschied sein, ob jene unsichtbare Umgebung mehr im Gerichtsgebrauche, oder in der allgemeinen Volkssitte, oder in der Lehre der Schulen, oder in der Lehre der Schriftsteller, und hier wieder der gelehrten oder blos praktischen, besteht. Jede Einseitigkeit hierin ist nachtheilig, und das gehörige Gleichgewicht und die Wechselwirkung dieser Kräfte (wozu aber auch Berührung und Gemeinschaft gehört) ist allein ein gesunder Zustand. Das Schlimmste aber ist, sich über die Unvermeidlichkeit dieses Zustandes zu täuschen, und von der vermeinten Vortrefflichkeit irgend eines neuen Gesetzbuches sich zu der Meinung verleiten zu lassen, daß dasselbe in Wahrheit das Recht unmittelbar und ausschließend beherrschen werde." — Zu vergl. auch dieselbe Schrift S. 22—24, gleich wie Abegg, die Berechtigung der deutschen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart, S. 45 u. 46.

ständige Existenz, ihre ununterbrochene Ausbildung und Entwicklung, ihre formelle und materielle Autorität, gleich wie ihre lebendige, praktische Bedeutung für die Auslegung, Ergänzung und Fortbildung aller besonderen Gesetzbücher zu bewahren. Eben damit aber vindiziren wir dem gemeinen Rechte selbst, als einem wissenschaftlichen Rechte, das lebendige Dasein, die fortschreitende Entwicklung und fruchtbare Bethätigung in und für die Gegenwart, indem wir zugleich der Nation eines ihrer edelsten Güter und eine der herrlichsten Zierden ihres geistigen Lebens retten! —

Sobald man von der Ansicht ausgeht, daß auch innerhalb des Strafrechtes das, durch die Organe der Wissenschaft und des Gerichtsgebrauches vermittelte, Gewohnheitsrecht in seiner ganzen Kraft und Bedeutung sich äußern kann; ja wenn man sogar mit Puchta darin übereinstimmt (was freilich mit der h. z. T. herrschenden Auffassung stark contrastirt), daß gerade das Strafrecht wegen seines engen Zusammenhanges mit dem Volkscharakter, den Volksbedürfnissen und der nationalen Anschauung einen überaus günstigen Boden für die ausgedehnteste Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes bildet: so kann man, meiner Ueberzeugung nach, auch nicht in Abrede stellen, daß dieses Gewohnheitsrecht als ein gemeines, d. h. als ein allgemein-deutsches, aufzutreten und sich durchzusetzen vermag. Denn man kann dem Gewohnheitsrechte keine willkührlichen Grenzen und Schranken ziehen; man kann ihm die Wege, welche es zu wandeln hat, nicht diktiren; man kann ihm nicht das Maß für seine Lebensäußerung vorschreiben; man kann ihm nicht den Umkreis vorzeichnen, innerhalb dessen es sich zu bewegen hätte [95]). Vielmehr kann man

95) In die Categorie solcher unausführbarer, blos auf dem Papiere

seinen thatsächlichen oder geschichtlichen Gang nur beobachten, und man muß seinen materiellen Inhalt und seine reale Wirkung zu erforschen suchen. Es kommt also darauf an, ob man mit dem richtigen Blicke und unbefangenen Sinne seine Existenz, gleich wie deren Bedeutung und Extension erfaßt. Auf der Grundlage einer solchen intellektuellen Anschauung behaupte ich nun, daß unser heutiges gemeines deutsches Recht in seinem gesammten Umfange als ein (wissenschaftliches) Gewohnheitsrecht sich darstellt, welches von der ganzen Nation erzeugt und getragen wird. — Aus dem seitherigen thatsächlichen Verhalten der Nation, welches in dem Thun und Lassen, in dem Schaffen und Wirken ihrer natürlichen Vertreter, nämlich der theoretischen und praktischen Juristen, sich kund gegeben, mache ich den Rückschluß, daß jene selbst ihr, seit Jahrhunderten angewachsenes und in einer stets fortschreitenden Entwicklung begriffenes, einheitliches oder gemeines Recht keineswegs aufgegeben hat, sondern vielmehr dasselbe sich zu bewahren und fortzubilden in ununterbrochener Weise bestrebt war (zu vergl. auch Abtheilung I. S. 78 u. 79).

---

stehender, Normen, welche daher an den wirklichen Lebensverhältnissen und durch die Praxis selbst ihr nothwendiges Correktiv finden, gehört auch z. B. die eigenthümliche, von Wächter Handbuch des Königl. Sächsischen und des Thüringischen Strafrechtes S. 86 erwähnte, Anordnung des Sächsischen Rechtes, welche für die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes eine Uebung verlangt, die wenigstens 31 Jahre, 6 Wochen und 3 Tage gedauert!

Bei dieser Gelegenheit spricht sich Wächter auch über das Juristen-Recht in einer Weise aus, welche deutlich verräth, daß er, gleich so vielen heutigen Schriftstellern, dem gewohnheitsrechtlichen Elemente desselben nicht die gebührende Rechnung trägt.

Im Zusammenhange mit den vorangeschickten Bemerkungen können wir nun auch die (bereits in der ersten Abtheilung S. 102 zugesicherte) Lösung der Frage versuchen: in welchem Verhältnisse das gemeine Recht zu dem Partikularrechte der Länder (mit und ohne ein vollständiges Gesetzbuch stehe, beziehungsweise worin die gemeinsame Beziehung jenes Rechtes für die deutschen Staaten der einen und der anderen Categorie gefunden werden könne?

Wie wir schon in der Einleitung zur ersten Abtheilung S. 11, Note 9 und S. 24 angedeutet haben, so muß dieser Unterschied von dem Boden unserer Auffassung aus —, freilich sehr wesentlich abweichend von der Tendenz und dem Sinne jener Gesetzgebungen selbst, gleich wie von der dieser Richtung folgenden Ansicht der größten Mehrzahl der heutigen Schriftsteller, — als ein blos quantitativer, oder als ein vorherrschend in der blosen Form ruhender Unterschied betrachet werden. Die gegenwärtige Schrift verfolgt demgemäß unter Anderem auch das Ziel, nach Thunlichkeit zu verhüten, daß dieser blose Form- oder Grad-Unterschied nicht in einen Sach- oder Wesens-Unterschied übergehe!

In denjenigen Ländern nämlich, wo ein umfassendes Gesetzbuch besteht, kommt das gemeine Recht in einer unbewußten und indirekten oder mittelbaren Weise zur Anwendung; in den Ländern ohne ein solches Gesetzbuch dagegen in einer bewußten und direkten oder unmittelbaren Weise. Ueberdies bildet auch das gemeine Recht den Hauptstoff oder Hauptinhalt der Partikular-Gesetzbücher, und zwar vorzugsweise in ihrem sog. allgemeinen Theile, so daß dieselben nur eine geringere Zahl von Rechtsbestimmungen in sich enthalten, welche dem jeweiligen Lande und Volksstamme eigenthümlich angehören, und daher als partikulare im

wahren und materiellen Sinne sich bezeichnen lassen. Diese, sehr häufig nicht beachtete, Verschiedenheit zwischen den formell- und materiell-partikularen Rechtselementen verdient die sorgfältigste Aufmerksamkeit [96]). Es ist also z. B. das ganze in Württemberg geltende Recht (und insbe-

---

96) Mit consequenter Bestimmtheit und scharfer Präzision führt diese Unterscheidung durch: Puchta, Gewohnheitsrecht Th. I. S. 220—228. — Indem er hier namentlich der Aeußerungen mancher Schriftsteller gedenkt, welchen zufolge man glauben könnte, daß die partikularrechtlichen Aufzeichnungen in einem zusammengesetzten (deutschen) Staate, z. B. in Baiern, ganz verschiedene Rechtskörper in sich enthielten, fügt er S. 227 hinzu: „Man vergißt dabei, daß die deutschen Partikularrechte nicht allein durch dieselben Elemente gebildet werden, aus welchen das gemeine Recht besteht, und jedes Gesetzbuch besteht, das ein deutscher Staat machen könnte; sondern auch und hauptsächlich, daß bei wissenschaftlicher Betrachtung derselben das Wenigste an solchen größeren Rechtsverzeichnungen sich als eigentliches partikuläres Recht ergibt; das Meiste hingegen nur der Form nach, als Inhalt eines für eine Stadt oder einen gewissen Distrikt bestimmten Rechtsbuches, partikulär genannt werden kann."

Von dem Boden der gleichen Auffassung aus gibt er in den „Vorlesungen" B. I. §§. 5—9, S. 16 die folgende Aeußerung ab:

„In einigen Ländern haben die Landrechte bei Revisionen, die man damit vorgenommen, an äußerem Umfange sehr gewonnen. Man würde sich aber irren, wenn man glaubte, damit seien die partikulären Eigenthümlichkeiten in demselben Maße gewachsen; diese Ausdehnungen sind vielmehr nur dadurch bewirkt worden, daß man neben dem partikulären Rechte auch die gemeinen Rechtssätze in diese Gesetzbücher hereingezogen hat, in der Meinung, sie dadurch den Richtern zugänglicher und faßlicher zu machen. Dabei ist es den Gesetzgebern wohl begegnet, falsche Theorien des gemeinen Rechtes aufzunehmen. Diese können der Absicht der Gesetzgeber gemäß nicht als partikuläre Eigenthümlichkeiten gelten; sie müssen einer richtigeren Erkenntniß des gemeinen Rechtes weichen, wenn der Gesetzgeber sie nur in der Voraussetzung ihrer Wahrheit und ihrer Harmonie mit dem gemeinen Rechte in sein Gesetzbuch aufnahm".

(Zu vergl. auch Puchta's Ausführungen im „Gewohnheitsrecht" Th. II. S. 75—79.)

sondere seine Strafgesetzgebung), seinem formellen Bestande und seiner formellen Bedeutung nach, als ein Partikularrecht aufzufassen. Allein nur der geringste Theil dieses württembergischen Partikularrechtes ist auch, dem Wesen, dem Gehalte und der inneren Bedeutung nach, partikular, d. h. spezifisch-württembergisch, sondern vielmehr gemeines (oder nationales) deutsches Recht. Für die geschichtliche Entwicklung und für vergangene Perioden der deutschen Rechtszustände erkennt auch Wächter ein solches Verhältniß an, gleich wie mit ihm eine große Zahl der neueren Schriftsteller. Allein für die Gegenwart wollen sie keineswegs ein Gleiches gelten lassen; obwohl schon die Vergleichung des in praktischer, lebendiger Uebung befindlichen Rechtes in den Ländern mit und ohne ein umfassendes Gesetzbuch die Ueberzeugung von dem Gegentheile verschaffen müßte, wofern man nur auf die rein doktrinellen, aus wissenschaftlichen Controversen hervorgehenden, Verschiedenheiten, welche ja auch unter den einzelnen Gesetzbüchern selbst (wie bereits oben bemerkt worden) in größter Fülle und Ausdehnung sich vorfinden, die gebührende Rücksicht nimmt. Schätzbare Materialien für eine solche Vergleichung liefert namentlich Temme's Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands (wovon jetzt — 1859 — der 6te Band im Erscheinen begriffen ist).

Die Erkenntniß und Feststellung der wahrhaft oder spezifisch oder materiell partikularen Bestandtheile der neueren Gesetzbücher in dem Sinne, welchen Puchta in seinem Buche über Gewohnheitsrecht Th. I. S. 220—228 näher entwickelt, ist nun eine überaus schwierige, ja sogar nach dem gegenwärtigen Stande unserer Wissenschaft eine wohl unlösbare Aufgabe. Namentlich vermag diese Aufgabe die, in

dem zweiten Kapitel der ersten Abtheilung näher geschilderte, comparative Methode Hepp's und seiner Meinungsgenossen nicht zu erfüllen; und für einen solchen Zweck stellen sich daher die, in sonstigen Beziehungen sehr schätzbaren, Werke Häberlin's und Köstlin's keineswegs als genügend dar. Denn weder sind diejenigen Bestimmungen, worin die Mehrzahl, oder sogar alle jene Partikulargesetzbücher übereinstimmen, schlechthin für gemeinrechtliche zu halten; noch auch können umgekehrt diejenigen (weit zahlreicheren) Bestimmungen, worin sie von einander mehr oder minder abweichen, als partikularrechtliche in dem, hier gemeinten, materiellen oder spezifischen Sinne betrachtet werden. Die meisten dieser Verschiedenheiten erweisen sich nämlich bei genauerer Prüfung entweder als blos doktrinelle, oder sogar als blos legislative, also als mehr oder minder willkührliche, in zufälligen Momenten begründete, Differenzen (keineswegs aber alle, wie Hepp irriger Weise behauptet, zu vergl. Abth. I. S. 160, Note 94 und S. 193).

Auch hier offenbart sich also wieder die (in der ersten Abtheilung S. 104—106 angedeutete) dialektische Natur der beiden Begriffe und Organismen des gemeinen und besonderen Rechtes. Denn erst wenn es gelungen sein wird, das heutige gemeine deutsche Strafrecht nach seinem wahrhaften Bestande, Inhalte und Umfange festzustellen, (ähnlich dem, auf römischer Basis beruhenden, gemeinen Privatrechte): erst dann wird sich auch die vollkommene Erkenntniß der, aus den nationalen und inneren Verschiedenheiten der einzelnen deutschen Volksstämme geflossenen, Rechts-Elemente, oder m. a. W. der partikularen Rechtsbestimmungen und Rechtseinrichtungen im eigentlichen oder materiellen Sinne ergeben. Umgekehrt müßte auch diese

letztere Erkenntniß, wofern sie durch eine vorausgegangene, gründliche und tiefe, (das heutige, in lebendiger Geltung und Uebung befindliche, Partikularrecht erfassende) Erforschung vermittelt wäre, den vollkommenen Einblick in das gemeine deutsche Recht der Gegenwart ermöglichen.

Als ein wahrhaft partikulares Recht ist nur dasjenige zu betrachten, welches eine Modifikation oder Abweichung von dem gemeinen Rechte, seinem Inhalte nach, begründet, und welches daher innerhalb seines begrenzten Herrschaftsgebietes diesem letzteren vorgeht. Allein solche (materiell-) partikularrechtliche Normen sind überall nur in einer verhältnißmäßig geringen Anzahl vorhanden, so daß also auch noch in unserer Gegenwart der Grundsatz unerschütterlich feststeht, daß das gemeine Recht die Regel, das partikulare dagegen blos die Ausnahme bilde. Als ein Beispiel für solche wahrhaft partikulare Rechtsinstitute kann aus dem württembergischen Strafrechte das Verbrechen der sogenannten Jaunerei (Art. 199 des Strafgesetzbuches von 1839) bezeichnet werden, wobei die Frage dahingestellt bleiben mag, ob und inwieferne hiefür ein durch die eigenthümlichen Landesverhältnisse und Volksanschauungen gerechtfertigtes Bedürfniß besteht?

Die subsidiäre Herrschaft des gemeinen Rechtes bezieht sich daher nach ihrer eigentlichen Bedeutung blos auf diese spezifisch-partikularen Rechtselemente, welche jenes in größerem oder geringerem Maße modifiziren, keineswegs aber auf die formell-partikularen Bestimmungen der Landesrechte, welche nur für einen räumlichen Kreis von beschränkterem Umfange das gemeine Recht fixiren, aussprechen und darstellen. Da nun aber in diesen letzteren das gemeine Recht nicht als solches, d. h. in seiner ursprünglichen und unvermittelten Gestalt, erscheint; so haben wir in Betreff

derselben in der ersten Abtheilung S. 11, Note 9, den Satz aufgestellt, daß jenes durch sie eine mittelbare Herrschaft ausübe, und durch ihre Vermittlung den Rechtszustand wahrhaft beherrsche.

Sollen wir anstatt vieler (in dem folgenden Kapitel noch vorzuführender) Beispiele zur Veranschaulichung des hier behaupteten Sachverhaltes nur ein einziges aus dem württembergischen Strafrechte entlehnen; so möge hiefür der Art. 62 des Strafgesetzbuches von 1839 als ein sehr geeignetes Mittel benützt werden. Wenn es nämlich hier heißt: „Der Versuch eines Verbrechens ist in dem Grade, in welchem sich derselbe der Vollendung mehr oder weniger nähert, nach dem Verhältnisse der Strafe, welche auf dem vollendeten Verbrechen steht, jedoch immer geringer, als dieses, zu bestrafen“: so ist damit das gemeinrechtliche Prinzip über die Strafbarkeit des Versuches überhaupt ausgesprochen. Diese seine gemeinrechtliche Natur verliert aber das fragliche Rechtsprinzip durch seine spezielle Fixirung in dem genannten Gesetzbuche eben so wenig, als andrerseits seine gleichmäßige Sanktionirung in allen übrigen Partikular-Gesetzbüchern für ein Erforderniß zur Begründung seines gemeinrechtlichen Charakters erklärt werden kann [97]).

97) Daß eine solche materielle Uebereinstimmung unter den einzelnen Partikular-Gesetzbüchern keineswegs an sich für erforderlich, oder beziehungsweise für genügend, gehalten werden kann, um die Existenz eines gemeinen Rechtssatzes zu constatiren: Dies geht z. B. aus ihren Bestimmungen über die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Analogie innerhalb des Strafrechtes hervor.

Wir werden nämlich in dem folgenden Kapitel den Nachweis zu führen suchen, daß hinsichtlich dieses Punktes — nach unserer Ueberzeugung — einzig und allein das Braunschweigische Gesetzbuch die gemeinrechtliche Norm enthält, alle übrigen Gesetzbücher dagegen blos partikularrechtliche Bestimmungen.

Hinsichtlich der mehrerwähnten Elemente der neueren Gesetzbücher, welche aus einer mehr oder minder einseitigen Fixirung von Resultaten der gemeinrechtlichen Theorie hervorgegangen sind, macht sich nun aber die —, von Puchta in seinem „Gewohnheitsrecht" Th. I. S. 145, 146 und 161 treffend hervorgehobene, — Verschiedenheit zwischen dem gesetzlichen und dem wissenschaftlichen Rechte mit ihrem ganzen Gewichte und sehr empfindlichen Drucke geltend. Zu dem letzteren steht nämlich der Richter in einem wesentlich anderen, und zwar in einem weit freieren Verhältnisse, als zu dem ersteren. Dem Gesetze ist der Richter unbedingt unterworfen, und es steht ihm in Betreff desselben kein materielles Prüfungsrecht zu, so daß er also dessen Inhalt keineswegs einer Kritik und Verbesserung unterziehen darf. Nur kann und soll er einerseits die formelle Gültigkeit, d. h. die verfassungsmäßige Existenz des Gesetzes, constatiren, und andrerseits seinen wahrhaften Sinn durch grammatische und logische Interpretation zu erforschen suchen. Bei dem wissenschaftlichen Rechte und dem Gerichtsgebrauche dagegen hat der Richter die Befugniß und die Verpflichtung der materiellen Prüfung. Wenn und insoferne es sich daher hiebei von einem rein wissenschaftlichen Rechte im spezifischen Sinne handelt, so soll er sich demselben nur für den Fall unterwerfen, daß er nicht im Wege einer ernsten, gründlichen und gewissenhaften Forschung von seiner inneren Unwahrheit sich überzeugt hat. Nur dann, insoferne und insoweit, als ein solcher Gerichtsgebrauch auf einem wahrhaften Gewohnheitsrechte (Juristenrechte im eigentlichen Sinne) beruht, — welcher Umstand übrigens oft gleichfalls nur im Wege einer speziellen Forschung ermittelt werden kann, — muß er seine formelle Autorität eben so unbedingt anerkennen, als die des gesetzlichen Rechtes. Das

wissenschaftliche Recht besitzt also keineswegs die zähe Widerstandskraft und spröde Natur, wie das, durch den Buchstaben fixirte, gesetzliche Recht. Aus diesem Grunde hat auch Savigny in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 132 den zweckmäßigen, (leider! nicht gehörig beachteten) Vorschlag gemacht, die Entscheidung von Controversen mittelst provisorischer Verfügungen oder Anweisungen an die Gerichte zu vollziehen, da durch diese der möglichen besseren Ergründung von Seiten der Theorie weniger vorgegriffen werde, als durch Gesetze.

Viertes Capitel.

Die Bedeutung des gemeinen deutschen Strafrechtes für die Gegenwart, m. a. W. die Darlegung der Consequenzen der hier vertretenen Auffassung für die praktische Rechtsanwendung, für die Gesetzgebung und für die wissenschaftliche Methode.

§. 18.

Nachdem wir vermittelst der seitherigen Ausführungen den Begriff des heutigen gemeinen Rechtes festzustellen, gleich wie dessen fortdauernde Existenz in der Gegenwart zu erhärten gesucht: so wollen wir nun auch durch eine näher eingehende Erörterung auf die mit unserem Standpunkte sich verknüpfenden Consequenzen das geeignete Licht werfen, und demgemäß den tief eingreifenden, mannigfach umgestaltenden, Einfluß desselben auf die verschiedenen Seiten unseres Rechtslebens nach seinen vornehmlichsten Grundzügen schildern! —

Wofern wir nun zuvörderst die Bedeutung unserer Auffassung des heutigen gemeinen Rechtes für die unmittelbar-praktische Rechtsanwendung —, in welcher Beziehung wir bereits in der Einleitung S. 6 darauf hingedeutet, daß jene bis zur äußersten Spitze des praktischen Nutzens fortgehe, und mitten in das alltägliche Rechtsleben hineinreiche,

— einer näheren Betrachtung unterziehen: so erscheinen uns namentlich die folgenden Hauptpunkte als solche, welche eine besondere Aufmerksamkeit und sorgfältige Prüfung verdienen.

Untersucht man den exklusiven Charakter der partikularen Strafgesetzbücher unserer Zeit nach der praktischen Seite hin; so gewinnt man die Ueberzeugung, daß derselbe als ein mehr oder minder illusorischer sich darstellt, und daß deren Ergänzung aus und durch sich selbst als ein, der Strenge nach, unausführbares Prinzip betrachtet werden muß. Das ausschließliche Bilden und Schöpfen der Analogie aus dem eigenen Rechtsvorrathe jener Gesetzbücher begründet auch in praktischer Beziehung ein unerfüllbares Postulat.

Vor allen Dingen sieht man sich nämlich genöthiget, von dieser strengen Forderung der Selbstergänzung diejenigen ganz allgemeinen Rechtsgrundsätze auszunehmen, über welche die fraglichen Gesetzbücher gar keine, oder jedenfalls nur höchst dürftige Bestimmungen enthalten, und welche daher ein vorzügliches oder spezifisches Object des wissenschaftlichen Rechtes bilden. Zu diesem, wenn ich so sagen darf, Reservat-Gebiete der Theorie gehören z. B. die Grundsätze über das Verhältniß des Richters zum Gesetze überhaupt und zu dem Strafgesetze insbesondere, so wie namentlich über das ihm zustehende (formelle) Prüfungsrecht rücksichtlich seiner verfassungsmäßigen Existenz; über die verbindliche Kraft, die Dignität und den Beweis des Gewohnheitsrechtes; über die grammatische und logische Auslegung der Gesetze, und zwar namentlich über den betreffenden Werth der Verhandlungen der Stände-Kammern; über die Anwendung der Gesetze in der Zeit und in dem Raume, beziehungsweise über die so reichhaltigen und verwickelten Fragen der Rückwirkung und der sog. internationalen Rechtsanwendung; über die sog.

Strafrechts=Theorien und ihre Beziehung zu dem richterlichen Urtheile, ꝛc. ꝛc. — Die nähere Erörterung und Feststellung derartiger ganz allgemeiner, vorzugsweise theoretischer, Punkte muß als eine Aufgabe des gemeinen deutschen Rechtes und seiner Wissenschaft betrachtet werden, da und insoferne dieselben für die Einwirkung der individuellen Anschauung der einzelnen Volksstämme nur einen sehr beschränkten Raum darbieten. Ja sogar in ihren wesentlichsten Momenten stellen sich diese Fragen wohl als Objekte und Ausflüsse eines europäisch=gemeinen Rechtes dar. Uebrigens begründen auch sie einen Stoff der positiven, historisch entwickelten Rechtswissenschaft, keineswegs etwa der Rechtsphilosophie, und sie fallen daher in den Umkreis des positiven Rechtes, keineswegs des Naturrechtes (zu vergl. auch Abtheilung I. S. 353, 366, 367 u. 390). In Betreff dieser wissenschaftlichen Fragen im eminenten Sinne erscheint also das erwähnte Prinzip der Selbstergänzung als ein unzureichendes und blos scheinbares Auskunftsmittel. — Wofern wir nun aber den konkreteren, in mehr unvermittelter und sichtbarer Gestalt hervortretenden, Punkten des praktischen Rechtslebens unsere Aufmerksamkeit zuwenden: so können wir auch hier jenem Grundsatze der ausschließlichen Selbstergänzung weder die innere Begründung, noch die ausreichende Kraft zugestehen. Für die verlangte spezielle Gesetzes=Analogie wird nicht selten aller und jeder Anhaltspunkt fehlen; zuweilen werden verschiedenartige Analogien einander durchkreuzen. Die sog. Rechtsanalogie erscheint nun aber überdies, ihrem ganzen Wesen nach, als unstatthaft, und kann ohne die größten praktischen Inkonvenienzen dem Richter nicht anheimgegeben werden [98]. Bei

98) Alle neueren deutschen Partikular=Gesetzbücher stimmen eben deß=

der näheren Begründung und Erhärtung dieser Behauptungen wollen wir nun zunächst von den, in der neuesten Zeit erschienenen, derogatorischen oder correktorischen Gesetzen, von den sog. Novellen, welche gewisser Maßen die naturalia der exklusiven Gesetzbücher bilden, noch ganz und gar abstrahiren, und uns auf den Boden einer rein in sich abgeschlossenen Gesetzgebung stellen. Hier wird uns sogleich die nähere Betrachtung ihres obersten Grundsatzes, nämlich der Rechtsregel: »Nulla poena sine lege«, einen tieferen Einblick in die Natur jener Exklusivität oder Abgeschlossenheit verschaffen. — Ueber die Bedeutung und Anwendbarkeit dieses Grundsatzes herrscht bekanntlich eine Controverse in der neueren criminalistischen Doktrin [99]). Was nun zunächst das gemeine Recht betrifft, so erscheint in der Consequenz unserer Grundauffassung desselben jeder Zweifel in solcher Richtung als rein unmöglich. Gemäß dieser unserer Grundanschauung bildet ja das ganze heutige gemeine Recht ein bloses Gewohnheitsrecht, und wir könnten daher jenen Satz geradezu umkehren, und im Sinne dieses gemeinen Rechtes der Gegenwart weit eher die Behauptung verfechten: Omnis poena sine lege. Denn die in den römischen Gesetzen und in der CCC. angedrohten Strafen haben durch die neuere Praxis, und zwar

---

halb auch darin durchaus mit einander überein, daß sie die sogenannte Rechtsanalogie für unzulässig erklären, wie aus Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts, B. I. §. 8, S. 13, ersehen werden kann.

99) Eine kurze Darstellung dieser Controverse, welche mit der (alsbald näher zu besprechenden) Frage nach der Zulässigkeit und Bedeutung der Analogie innerhalb des Strafrechtes in einem unmittelbaren Zusammenhange steht, gibt: Köstlin, System B. I. S. 5. u. 6, 59—62 (wo auch die einschlägige Litteratur aufgeführt ist). — Zu vergl. auch Mittermaier's Ausführung in Feuerbach's Lehrbuch §. 75a, gleich wie dessen Note zu §. 5.

vorzugsweise durch die Einführung neuer Straf-Anstalten und durch die Aenderung des ganzen Strafen-Systemes, eine so wesentliche Umgestaltung erlitten, daß sie mit unseren heutigen Strafen kaum den Namen, um wie viel weniger das Wesen gemein haben. Dies dürften sogar diejenigen Schriftsteller zugestehen, welche hinsichtlich der heutigen Bedeutung des gemeinen Rechtes einer abweichenden Auffassung huldigen, und dasselbe blos noch als Partikularrecht zur praktischen Anwendung kommen lassen wollen, wie namentlich Wächter in Gemäßheit der von ihm gelieferten, so treffenden Charakteristik der Praxis des 18ten Jahrhunderts (zu vergl. die obige Note 87).

Was nun aber die Bedeutung des erwähnten Grundsatzes in und für das Herrschaftsgebiet einer ausschließlichen Gesetzgebung betrifft; so spricht sich die jetzt wohl herrschende Meinung der Theorie und Praxis dafür aus, daß hier die Analogie zwar keineswegs zur Vermehrung oder Vervielfältigung der Straffälle, wohl aber in allen übrigen Beziehungen in ihrer vollsten Ausdehnung verwendet werden dürfte, und zwar sowohl die sog. Gesetzes-Analogie, als auch die sog. Rechts-Analogie. Eine solche Gestattung des freien, wenn auch quantitativ beschränkten, Gebrauches der Analogie muß man übrigens schon deßhalb für durchaus unentbehrlich halten, weil doch Niemand wird läugnen wollen, daß auch die vollständigste Gesetzgebung in und nach ihren ausdrücklichen Satzungen für die Bedürfnisse des praktischen Lebens nimmermehr auszureichen vermöge, und Lücken darbiete, deren Ausfüllung als ein unabweisbares Gebot der Rechtsanwendung erscheine. Selbst die im größten Umfange und in der freiesten Weise geübte, grammatische und logische, Interpretation ist nicht im Stande, jenen Bedürfnissen Genüge zu leisten; denn

stets wird das vielgestaltige, in neuen und wechselnden Combinationen unerschöpfliche, Leben solche Fälle und Beziehungen erzeugen, bei denen es zweifellos feststeht, daß der Gesetzgeber an sie gar nicht gedacht hat, und daß daher ihre Normirung keineswegs auf seinen konkreten, im Gesetze geäußerten, Willen und Gedanken zurückgeführt werden kann. Diese Fälle und Beziehungen müssen daher nach der inneren Consequenz der Gesetzgebung vermöge der ihr innewohnenden organischen Kraft geregelt werden; oder sie müssen, wie Manche Dies auszudrücken pflegen, so entschieden werden, wie sie der consequent denkende Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an sie gedacht hätte.

Die meisten neueren Gesetzbücher haben nun die Anwendung der Analogie auf die, zuvor erwähnten, Grenzen ausdrücklich beschränkt, so daß also dieselbe weder einen strafvermehrenden, noch einen straferhöhenden Einfluß ausüben darf. Dieses Resultat läßt sich wenigstens aus einer, auf die betreffenden Kammer-Verhandlungen gestützten, logischen Interpretation herleiten, was z. B. Hufnagel in seinem Commentare B. I. S. 3—5, B. III. S. 3—5 für das Würtembergische Strafrecht nachgewiesen hat; Wächter in seinem Handbuche des Königl. Sächsischen und Thüringischen Strafrechts S. 87—104 für das neueste Sächsische; Beseler in seinem Commentare S. 67—70 und Hälschner, System des Preußischen Strafrechtes S. 90—93, für das neueste Preußische; Hye in seinem Commentare S. 97—111 für das Oestreichische, 2c. [100]). Nur das Braunschweigische Gesetzbuch Art. 4

100) Ueber die Auslegung der betreffenden Bestimmungen des älteren Sächsischen Criminal-Gesetzbuches herrschte übrigens unter den Sächsischen Juristen eine Controverse, welche Wächter a. a. O. näher bespricht. Köstlin a. a. O. S. 63 behauptet jedoch, wie es scheint, auch

enthält eine abweichende Bestimmung, indem es die Gesetzes-Analogie ganz unbeschränkt zuläßt.

Sehen wir nun ab von der isolirten Bestimmung des zuletzt genannten Gesetzbuches (welche übrigens mit unserer eigenen Auffassung des Verhältnisses des Richters, beziehungsweise der Wissenschaft, zum Gesetze vollkommen harmonirt); so können wir wohl als allgemeines Resultat die Unstatthaftigkeit der Analogie für die Vervielfältigung der Straffälle und die Straferhöhung, keineswegs aber deren völlige Ausschließung, bezeichnen. Auch läßt sich wohl eine weitergehende Ausdehnung des Wirkungskreises der Analogie, wie Köstlin, System S. 60, 62 und 63, treffend ausführt, mit dem Charakter, dem Wesen und der Tendenz eines exklusiven oder abgeschlossenen Gesetzbuches nicht wohl vereinigen, „weil eine mit der Absicht der Vollständigkeit unternommene Gesetzgebung sich schicklicher Weise nicht selbst als lückenhaft behandeln kann" [101]).

Unterziehen wir nun aber den erwähnten leitenden Grundsatz der neueren Strafgesetzbücher einer näheren Betrachtung, so stellen sich als besonders bedeutsame und beachtenswerthe Momente die folgenden dar, durch welche unsere in der ersten

---

hinsichtlich des neuesten Sächsischen Strafgesetzbuches, — im Gegensatze zu Wächter, — daß dasselbe die Gesetzesanalogie unbeschränkt gestatte.

Für das Preußische Strafrecht will Beseler die Anwendung der Analogie durchaus, also nicht blos für den Zweck der Vervielfältigung der Straffälle, ausgeschlossen wissen; während dagegen Hälschner (dessen Darstellung wohl überhaupt als eine höchst gelungene und allseitig befriedigende zu bezeichnen sein dürfte) in dem Preußischen Strafgesetzbuche nur das letztere, beschränktere Verbot der Analogie ausgesprochen findet.

101) Das Braunschweigische Gesetzbuch verläugnet also schon in diesem ersten und entscheidenden Hauptpunkte den Charakter der sog. Exklusivität

Abtheilung S. 320 kurz angedeutete Auffassung wesentlich ergänzt und modifizirt wird [102]).

Vor allen Dingen ist zu bedenken, daß jenes Prinzip keine strikte Anwendung zuläßt, und daß man sich daher vor dem irrigen Glauben hüten muß, als ob hierdurch die Vervielfältigung der Straffälle absolut ausgeschlossen, und somit dem Satze: Nulla poena sine lege, eine unbedingte und ausnahmslose Herrschaft gesichert werden könnte. In der reinsten und unvermitteltsten, oder —, wenn ich so sagen darf, — in der rohesten Gestalt wird freilich der Richter einem solchen Gebote Folge leisten müssen, und er wird daher keine That als eine verbrecherische und strafbare qualifiziren dürfen, welche das Gesetzbuch nicht mit Strafe bedroht hat; oder er wird —, noch genauer gesprochen, — keine That als ein Verbrechen behandeln, welche er nicht nach grammatischer und logischer Interpretation seines Landesgesetzbuches als ein solches erkennt. — Schwieriger dürfte schon die Anwendung jenes Grundsatzes bei den Straferhöhungsgründen sein, da sich für den Einfluß derselben auf das richterliche Urtheil keine fest bestimmte Grenze ziehen, und keine mathematische Berechnung anstellen läßt, so daß also eine analoge Verwendung solcher Gründe sich leicht eine unbewußte und widerwillige Geltung verschaffen kann. Am ehesten erscheint wohl die Fernhaltung

102) Zwar hat noch in neuester Zeit Krug in Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft, B. 5. H. 2. S. 125, seine vollkommene Uebereinstimmung mit den betreffenden Deduktionen der ersten Abtheilung gegenwärtiger Schrift (deren er überhaupt in einer sehr wohlwollenden Weise gedenkt) ausgesprochen. Allein bei einer nochmaligen, sorgfältigen Prüfung und Ueberdenkung aller hier zur Frage kommenden Momente habe ich die Ueberzeugung gewonnen, daß meine früher geäußerte Auffassung der, in der folgenden Ausführung näher dargelegten, Modifikationen bedarf.

der analogen Ausdehnung bei den sog. Schärfungsgründen (oder Erschwerungsgründen) im technischen Sinne als ausführbar. —

Allein auch in der zuerst genannten Beziehung kann wohl die (analoge) Erkennung einer Strafe von Seiten des Richters in solchen Fällen, welche das Gesetzbuch überall nicht vorgesehen hat, kaum vermieden werden. Wir wollen diese Behauptung durch einige eklatante Beispiele zu erhärten und klar zu machen suchen.

Ueber den Versuch stellt das Württembergische Strafgesetzbuch vom 1. März 1839, Art. 62 den folgenden allgemeinen Satz auf:

> „Der Versuch eines Verbrechens ist in dem Grade, in welchem sich derselbe der Vollendung mehr oder weniger nähert, nach dem Verhältnisse der Strafe, welche auf dem vollendeten Verbrechen steht, jedoch immer geringer, als dieses, zu bestrafen."

Vor allen Dingen läßt sich nun die Frage erheben: Erscheint nach dieser Bestimmung der Versuch bei allen dolosen Verbrechen als strafbar, oder gibt es auch gewisse Klassen oder Arten derselben, bei welchen hiernach ein strafbarer Versuch überhaupt nicht angenommen werden darf? Bekanntlich herrscht in der neuesten Doktrin über diese Frage eine lebhafte Controverse, da manche Schriftsteller behaupten, daß bei denjenigen Verbrechen, welche im Affekte (impetu) verübt werden, z. B. bei dem Todtschlage, gleich wie bei denjenigen, bei welchen die Ausführung und die Vollendung in einen und denselben Zeitmoment zusammenzufallen pflegen, z. B. bei der Injurie, gar kein Versuch statuirt werden könnte [103]).

103) Obwohl nicht wenige unter den neuesten Schriftstellern, nament-

Man dürfte sich nun zunächst versucht fühlen, diesen Zweifel im Wege der reinen Interpretation vermittelst des folgenden Gedankenganges zu lösen. Man könnte meinen: Gerade aus dem ganz allgemeinen Ausdrucke des Gesetzes und seinem Schweigen über jene Ausnahme müßte gefolgert werden, daß hiernach der Versuch bei allen, und zwar auch bei den zuvor besonders hervorgehobenen, Verbrechen als strafbar zu betrachten sei, in Gemäßheit der bekannten Auslegungsregel: Lege non distinguente, non nostrum est distinguere. Allein dieses an sich plausible Räsonnement würde gleichwohl nur ein scheinbar richtiges Resultat ergeben, da der wahre Sachverhalt darin besteht, daß der Gesetzgeber an diese Frage (welche überhaupt erst in der neuesten Doktrin, und zwar wohl erst nach der Emanation des Württembergischen Strafgesetzbuches, ihre Bedeutung erlangt hat) ganz und gar nicht gedacht hat. Ein unterstützendes Moment hiefür bildet namentlich auch der Umstand, daß Hufnagel in den 2 ersten Bänden seines Commentares jene Controverse mit Stillschweigen übergeht. Erkennt man nun die gedachte Voraussetzung als eine richtige an, so liegt eine Lücke der Gesetzgebung und folgeweise ein für die Analogie vollkommen geeigneter Fall vor. Wo ist nun aber eine solche Gesetzes-Analogie

---

lich Köstlin a. a. O. S. 252 und Hälschner a. a. O. S. 172, gegen eine solche Annahme sich ausgesprochen haben, so halte ich meinestheils dieselbe dennoch für eine begründete; was ich aber hier um so weniger rechtzufertigen versuchen darf, weil es für die im Texte behandelte Frage als ein völlig gleichgültiges Moment erscheint, zu welcher von den beiden, einander bekämpfenden, Meinungen man sich bekenne. — Uebrigens hat auch das Obertribunal in Berlin die erstere Auffassung adoptirt, wie aus Temme's Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen B. 1. S. 217 u. 218 ersehen werden kann.

innerhalb des in Rede stehenden Gesetzbuches selbst aufzufinden?

Ja sogar für den Fall, daß eine derartige spezielle Bestimmung bei einer Verbrechensgattung, z. B. bei dem Todtschlage, angeordnet wäre (was aber in Wirklichkeit nicht zutrifft), würde dieselbe auf ähnliche Verbrechens-Formen, z. B. auf die Körperverletzung im Affekte, nicht ausgedehnt werden können, weil das Gesetzbuch im Art. 1 den Gebrauch der Analogie zum Zwecke der Vervielfältigung der Straffälle ausdrücklich verbietet. — Was soll nun hiebei ferner die Anwendung der sog. Rechtsanalogie für einen Anhaltspunkt und Erfolg gewähren? Läßt sich aus dem allgemeinen Geiste der Württembergischen Strafgesetzgebung nicht eben so gut für die eine, wie für die andere Annahme argumentiren, oder vielmehr, genauer gesprochen, für keine von beiden?

Wofern nun also, wie bemerkt, jene allgemeine Vorschrift des Gesetzbuches nur in dem (vermöge einer restriktiven logischen Interpretation festgestellten) Sinne aufgefaßt werden darf, daß der Versuch bloß dann mit der, nach dem Verhältnisse seiner Annäherung an das vollendete Verbrechen zu bemessenden, Strafe zu belegen sei, wenn und insoferne er überhaupt oder an sich als ein strafbarer erscheine; wofern man ferner von der Ueberzeugung ausgehen sollte, daß bei den genannten Gattungen der Verbrechen ein strafbarer Versuch nicht statuirt werden dürfte: so würde man die entgegengesetzte Verfahrungsweise eines Württembergischen Gerichtes für eine Verletzung des Grundsatzes: Nulla poena sine lege, erklären müssen [104]).

---

104) Ganz dieselbe Controverse wird in der gemeinrechtlichen Doktrin über die Frage geführt: ob und inwieferne die Theilnahme an einem

Stimmt man nun mit uns darin überein, daß hier eine wahrhafte Lücke der Gesetzgebung vorliege, welche sich im Wege der aus ihrem eigenen Rechtsvorrathe zu schöpfenden Analogie nicht lösen lasse; so bleibt nichts Anderes übrig, als auf das gemeine Recht und seine Wissenschaft zurückzugehen. Da wir es übrigens im vorliegenden Falle mit einem controversen Rechtssatze zu thun haben, worüber sich noch keine unanfechtbare communis opinio, beziehungsweise noch kein constanter (gemeiner) Gerichtsgebrauch gebildet hat; m. a. W. da hier ein Satz des wissenschaftlichen Rechtes im eigentlichen und spezifischen Sinne (also nicht des Juristenrechtes) in Frage steht: so kann man dem Richter nur die Freiheit gewähren, seine eigene, gewissenhaft und ernst erwogene, Ueberzeugung zur Geltung zu bringen. Freilich liegt auf solchem Wege die Gefahr nahe, daß bei den verschiedenen Gerichten des Landes eine verschiedene Uebung sich bilden könnte. Allein wenn Jemand glauben sollte, daß eine solche Eventualität nur auf dem Boden des gemeinen Rechtes zu befürchten sei; so kann ihn ein einfacher Blick in irgend eine neuere Präjudizien-Sammlung (z. B. in die Hufnagel's oder Temme's) sofort vom Gegentheile überzeugen, indem hieraus zu ersehen ist, welch' eine große Menge von folgenreichen Controversen unter den einzelnen (höheren) Gerichten eines Landes die reine Auslegung der dispositiven Normen des betreffenden Strafgesetzbuches bereits in das Leben gerufen hat! —

Einen noch sprechenderen und durchsichtigeren Beleg für den hier behaupteten Sachverhalt liefert das Württembergische

---

im Affekte verübten Verbrechen bestraft werden könnte? Auch hierauf lassen sich daher die im Texte gegebenen Ausführungen vollkommen anwenden.

Strafgesetzbuch hinsichtlich der, so lebhaft geführten und vielbesprochenen, Controverse: welchen Einfluß der Irrthum in der Person auf die Strafbarkeit übe, m. a. W. wie die Fälle des sog. error in objecto und der sog. aberratio ictus zu bestrafen seien? Hierüber enthält das Gesetzbuch überall keine direkte Norm; und daß diese Frage auch nicht im Wege der (auf die Kammer-Verhandlungen zu stützenden) Interpretation gelöst zu werden vermag, hat Hufnagel in seinem Commentare B. III. S. 59 und 60 in einer unwiderleglichen Weise nachgewiesen. Allein auch für die aus dem Umkreise des Gesetzbuches selbst zu schöpfende Analogie läßt sich kein irgendwie brauchbarer und solider Anhaltspunkt auffinden. Eben deßhalb drückt sich Hufnagel a. a. O. hierüber folgender Maßen aus:

„Man wird also behaupten dürfen, daß die erwähnte Streitfrage in den Worten unseres Strafgesetzbuches nicht entschieden sei; dagegen läßt sie sich nach den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechtes über bösen Vorsatz und Fahrlässigkeit, Vollendung und Versuch, welche auch in unserem früheren Strafrechte aufgenommen waren und in unser Strafgesetzbuch aufgenommen worden sind, mit Sicherheit entscheiden.“

Sobald wir an die Stelle der Worte: „des allgemeinen Strafrechtes“, um einer nahe liegenden Verwechslung mit dem philosophischen oder Natur-Rechte (welche Hufnagel, wie unsere Ausführungen in der ersten Abtheilung S. 209—221 beweisen, sich wirklich zu Schulden kommen läßt) zu begegnen, die Worte: „des gemeinen deutschen Strafrechtes“ setzen, so besteht zwischen dieser

Auffassung und unserer eigenen die vollkommenste Uebereinstimmung. — Unser Gesetzbuch enthält also auch hier eine Lücke, welche nur aus der Wissenschaft des gemeinen Rechtes, oder —, was nach unserer Anschauung völlig gleichbedeutend ist, — aus dem gemeinen wissenschaftlichen Rechte ausgefüllt werden kann. Hiebei mag es dahingestellt bleiben, welche von den beiden, einander bekämpfenden, Hauptmeinungen als die vorzüglichere zu bezeichnen sei? Auch für die Gerichte in Württemberg kann für diese Frage weder aus der älteren, vor der Emanation des Strafgesetzbuches bestandenen, noch aus der gegenwärtigen Praxis eine feste, mit formeller Autorität ausgestattete, Norm hergeleitet werden. Denn es handelt sich hier von der Uebung eines wissenschaftlichen, aus inneren Gründen deduzirbaren und der Prüfung seines wahren Gehaltes unterliegenden, Rechtssatzes, hinsichtlich dessen, wie schon die Fortdauer der Controverse beweist, bis jetzt kein feststehender (gemeiner) Gerichtsgebrauch, zur vollendeten Bildung gediehen ist. Hiemit soll aber keineswegs geläugnet werden, daß nicht ein solches wissenschaftliches Gewohnheitsrecht künftighin vermöge der Ausgleichung jenes Meinungskampfes (sei es durch den Sieg der einen oder der anderen Ansicht, oder aber durch die Auflösung der Gegensätze in eine höhere Einheit) sich bilden könnte, und voraussichtlich auch bilden werde!

Niemand aber wird bei der strengen Consequenz stehen bleiben wollen, welche das Postulat der ausschließlichen Ergänzung des Gesetzbuches aus und durch sich selbst nothwendig mit sich führen würde. Denn hiernach wäre nur das folgende Dilemma gegeben, dessen beiden Glieder wohl als gleichmäßig zu mißbilligende Auskunftsmittel erscheinen. Entweder nämlich müßte man sowohl bei dem

error in objecto, als auch bei der aberratio auf den faktischen Irrthum ganz und gar keine Rücksicht nehmen, und daher die Strafe des dolus aussprechen. Oder aber man müßte in Folge des Irrthumes die Handlung für völlig straflos erklären, wenn und insoweit nicht etwa die Voraussetzungen der culpa im konkreten Falle zutreffen würden (welche Annahme bei dem Schweigen des Gesetzes wohl die richtigere, durch den Grundsatz: In dubio in mitius, geforderte wäre). Unter dieser letzteren Voraussetzung würde übrigens die Strafbarkeit einer solchen, mit einem Irrthume verknüpften, Handlung bei einer ziemlich großen Reihe von Verbrechen, welche überall nicht culpos verübt werden können, z. B. bei der Injurie, dem Todtschlage, dem Betruge ꝛc. gänzlich ausgeschlossen sein. —

Ein weiteres Beispiel können wir aus dem neuesten Preußischen Strafgesetzbuche von 1851 entlehnen. Dieses enthält nämlich keine Bestimmung über die bekannte, bis auf den heutigen Tag stets wieder neu belebte, Streitfrage: ob und inwieferne ein Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte als strafbar zu betrachten sei?, welches Schweigen über einen so bedeutsamen Zweifelspunkt sogar aus der direkten und bewußten Absicht des Gesetzgebers hervorgegangen ist. Woher soll nun aber der Richter die Analogie entlehnen, an deren Hand er jene zweifelhafte Frage mit der entsprechenden (objektiven) Sicherheit zu lösen vermöchte? Gewiß wird er hiefür in den speziellen Normen des Gesetzbuches eben so wenig einen irgendwie brauchbaren und zuverlässigen Anhaltspunkt finden, als in dem allgemeinen Prinzipe und Geiste desselben! Er wird sich daher genöthiget sehen, zu der gemeinrechtlichen Doktrin seine Zuflucht zu nehmen, um sich auf deren Grundlage eine wohlerwogene und sorg=

fältig geprüfte Ueberzeugung zu bilden; und hierauf weist ihn auch Hälschner, das Preußische Strafrecht Th. II. S. 195 und 197, in treffender Weise hin. — Geht man nun von der (auch von den Redaktoren des Preußischen Gesetzesentwurfes —, wenigstens nach Hälschner's Angaben, — getheilten) Ansicht aus, daß der Versuch mit untauglichen Mitteln überhaupt nicht strafbar sei: so erscheint die entgegengesetzte Thesis eines Preußischen Gerichtes als eine Verletzung des Grundsatzes: Nulla poena sine lege. Huldigt man dagegen der minder weit gehenden, in der heutigen gemeinrechtlichen Doktrin wohl herrschenden und auch von der Mehrzahl der neueren Gesetzbücher adoptirten, Auffassung, welche bei den sog. relativ untauglichen Mitteln die, freilich geringere, Strafbarkeit des Versuches statuirt: so muß die Bestrafung eines Versuches mit sog. absolut untauglichen Mitteln als eine Verletzung jenes mehrerwähnten Grundsatzes bezeichnet werden. —

Alle unsere seitherigen Ausführungen —, welche sich durch eine namhafte Menge von ähnlichen Beispielen aus allen neueren Gesetzbüchern leicht vermehren ließen, — beweisen wohl zur Genüge, daß einerseits keine partikulare Gesetzgebung schlechthin aus und durch sich selbst ergänzt zu werden vermag, sondern auch für diesen unmittelbar-praktischen Zweck des gemeinen (wissenschaftlichen) Rechtes nothwendig bedarf, und daß andererseits sogar ihr oberster Grundsatz: Nulla poena sine lege, keiner strikten und unbedingten Anwendung fähig ist. Vielmehr kann dieser Grundsatz nur dazu dienen, der richterlichen Willkühr in ihren, wenn ich so sagen darf, gröbsten Zügen und extremsten Ausschreitungen zu begegnen.

Es läßt sich hier übrigens noch eine Bemerkung von

allgemeiner und weitgreifender Bedeutung anfügen. Die Gerichte werden sich nämlich in den besprochenen und ähnlichen Fällen, wo ihnen eine wahrhafte Lücke ihres Landesgesetzbuches entgegentritt, einfach dadurch zu helfen wissen, daß sie diejenige Praxis befolgen, welche sich schon seither, d. h. vor dem Erscheinen jenes Gesetzbuches, gebildet hatte. Allein einerseits tritt auch hierdurch das Illusorische in der exklusiven Eigenschaft dieses letzteren klar zu Tage, da dasselbe ja alles frühere Recht aufheben, und von nun an die ausschließlich geltende Rechtsquelle bilden wollte. Andrerseits beruht ein solches Verfahren auf einer durchaus unzulänglichen Theorie über den Gerichtsgebrauch. Denn es läßt sich kein haltbarer Grund ausfindig machen, weßhalb die Gerichte den Fortschritten der neueren Wissenschaft sich verschließen, und einer besseren Ueberzeugung die praktische Geltung nicht zugestehen sollten?

Ein eigentliches Gewohnheitsrecht, beziehungsweise ein formell gültiger Gerichtsgebrauch, hat bei allen solchen controversen Fragen —, wie auch im einzelnen Falle leicht näher nachgewiesen werden kann, — noch keine abgeschlossene und vollendete Existenz erlangt, und zwar auch nicht als ein partikuläres (Landes-) Gewohnheitsrecht, da dieses dem Gesetzgeber unmöglich hätte verborgen bleiben können. Weshalb sollen also die Gerichte ihre deßfallsigen Präjudizien nicht auf der Grundlage der neueren gemeinrechtlichen Doktrin einer Revision, und zutreffenden Falles einer Abänderung, unterziehen dürfen?

Weshalb sollen sie z. B. die Bestrafung eines Versuches des Todtschlages und der Injurien, eines Versuches mit untauglichen Mitteln 2c. schlechthin nicht aufgeben wollen, und sich hiefür lediglich darauf berufen, daß es ja bisher

immer so gehalten worden sei? Kann im Wege eines solchen strengen Beharrens bei der seitherigen Praxis, welche keinen gewohnheitsrechtlichen Charakter an sich trägt, und sich einer mehr vorgeschrittenen wissenschaftlichen Erkenntniß als eine unzulängliche Theorie darstellt, von der Rechtsanwendung je ein lebendiger Fortschritt ausgehen?! Gleicht nicht ein solches unbedingtes Festhalten der Präjudizien — wie Puchta in dem mehrerwähnten Aufsatze in den Berliner Jahrbüchern von 1844, S. 8 zwar sehr scharf, aber nicht unrichtig sich ausdrückt, — dem geistigen Tode, wie ein Ei dem anderen?!

§. 19.

Unsere seitherigen Betrachtungen haben sich auf dem Boden einer rein exklusiven oder in sich abgeschlossenen Gesetzgebung bewegt. Einen solchen unvermischten oder ungebrochenen Charakter der Ausschließlichkeit tragen für den gegenwärtigen Augenblick vorzugsweise diejenigen Strafgesetzbücher an sich, welche erst in der neuesten Zeit einer durchgängigen Revision (einer repetita praelectio) unterzogen worden sind, also das Oestreichische, Preußische, Sächsische und Thüringische. Wohl in allen übrigen Ländern dagegen, welche ein vollständiges Strafgesetzbuch besitzen, sind unterdessen neben demselben einzelne Gesetze von größerem oder geringerem Umfange und mehr oder minder eingreifender Bedeutung erschienen, welche jene in einzelnen Theilen ergänzen oder abändern, und welche man daher passend als „Novellen“ bezeichnen kann. Solche Novellen können übrigens, wie Savigny in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit“ so treffend hervorgehoben, niemals lange ausbleiben; denn die vollständige Revision eines Gesetzbuches

erscheint doch immer erst nach Verfluß eines längeren Zeitraumes als statthaft und zweckgemäß. Auf diesem Wege wird man daher auch bei dem größten Eifer, der unverdrossensten Aufmerksamkeit und der thunlichsten Beschleunigung keineswegs im Stande sein, den steten Fortschritten des wissenschaftlichen Geistes alsbald gerecht zu werden, und zwar um so weniger, als häufig wiederkehrende Abänderungen und Revisionen nicht verfehlen können, dem Ansehen der Gesetze wesentlichen Abbruch zu thun. — Eine derartige Novelle von der höchsten und folgenreichsten Bedeutung bildet nun für Württemberg das Gesetz vom 13. August 1849, betreffend die Abänderungen einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung (zu vergl. auch Abth. I. Note 59, S. 94 und Note 72, S. 117). Wir wollen nun im Folgenden den tief eingreifenden Einfluß dieses correktorischen Gesetzes in und für das Württembergische Recht näher darzulegen versuchen, indem wir nicht daran zweifeln, daß aus den übrigen deutschen Ländern der gleichen Categorie ähnliche Vorgänge in ihrem neueren Rechtsleben, beziehungsweise in ihrer jüngsten Legislation, sich leicht werden nachweisen, und daher als vollkommene Parallelen für die hier deduzirten Resultate sich werden verwenden lassen [105])!

---

105) Auch hier fasse ich mit vollem Bedachte vorzugsweise den Rechtszustand meines engeren Vaterlandes in's Auge, weil ich, in Uebereinstimmung mit Wächter, von der, bereits in der ersten Abtheilung — besonders auf S. 188 u. 189 — näher begründeten, Ueberzeugung ausgehe, daß eine gründliche und vollkommen ausreichende Beherrschung des jeweiligen Partikularrechtes fast nur auf seinem heimathlichen Boden, gleich wie nur in Folge eines sorgfältigen, auf den ganzen Rechtsstoff gerichteten, Studiums erreicht zu werden vermag. —

In Baiern insbesondere, wo trotz vielfacher Versuche bis jetzt noch kein revidirtes Strafgesetzbuch zu Stande gekommen ist, und daher das

In jenem Württembergischen Gesetze vom 13. August 1849 erblicke ich nun meinestheils ein legislatorisches Produkt von der höchsten Bedeutung, und zwar nicht etwa wegen seines materiellen Inhaltes (in Betreff dessen ich vielmehr große und ernste Bedenken hege, da hierdurch in ähnlicher Weise, wie durch das neueste Preußische Strafgesetzbuch, die deutsch-nationale Anschauung in wesentlichen Punkten aufgegeben, und mit der französischen vertauscht worden ist [106]); weßhalb auch ihre deßfallsigen Anordnungen wohl mehr auf dem Papiere, als in dem wirklichen, praktischen Rechtsleben herrschen werden), sondern vielmehr wegen seiner formellen Seite, d. h. wegen der dadurch herbeigeführten, sehr wesentlichen Aenderung des ganzen Rechtszustandes. Durch diese Novelle ist nämlich der exklusive Charakter des Strafgesetzbuches von 1839 vollkommen beseitigt, und die unmittelbare formelle Geltung des gemeinen deutschen Rechtes in und für Würt-

---

Gesetzbuch von 1813 immer noch die äußere Grundlage des ganzen Strafrechtes bildet, muß übrigens die, durch einzelne Gesetze und den Gerichtsgebrauch vermittelte, Durchlöcherung und Verläugnung des exklusiven Charakters dieses letzteren (wie sich leicht wird nachweisen lassen) in einem noch weit höheren Maße sich ergeben haben, als bei dem Württembergischen Strafgesetzbuche. Denn zwischen jenem Zeitpunkte und dem heutigen liegt ein noch weit größerer Fortschritt der Wissenschaft in der Mitte, als derjenige, welcher sich in den beiden letzten Dezennien (1839 bis 1849 und beziehungsweise 1859) vollzogen hat. — Bekannter Maßen mußte ja in Baiern über den Diebstahl bereits am 25. März 1816 eine umfassende Novelle erlassen werden!

106) Ein solches Verlassen des germanischen Standpunktes und Hinneigen zu dem französischen, beziehungsweise römischen (romanischen), finde ich namentlich in den Normen des fraglichen Gesetzes über die Strafbarkeit des Versuches (Art. 10), des Gehülfen und des Complottes (Art. 13 u. 14), 2c. — Hierauf wird unsere spätere Darstellung in §. 22 nochmals kurz zurückkommen. —

temberg in der größten Ausdehnung und mit der intensivsten Bedeutung wiederhergestellt worden. Zwar sind weder die gesetzgeberischen Faktoren, noch auch wohl (wenigstens bis jetzt) die Gerichte in Württemberg der, hier behaupteten, so folgenreichen Rechtsänderung, beziehungsweise der so bedeutsamen, formellen Consequenzen des Gesetzes vom 13. August 1849, in der gehörigen Weise sich bewußt geworden. Allein gleichwohl glaube ich, daß jene Behauptung sich ausreichend begründen und strikt beweisen läßt. —

Der Mangel des entsprechenden Bewußtseins von Seiten der Gesetzgeber über die, hier vertretene, Consequenz des fraglichen Gesetzes möge zunächst aus der folgenden, gedrängten Ausführung entnommen werden! —

Sowohl in dem Vortrage, mit welchem der Justiz-Minister die Einbringung des in Rede stehenden Gesetzes-Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten am 9. Februar 1849 begleitete (Beilage 183, Protokoll 76), als auch in seinem Vortrage vom 9. December 1848 bei der Vorlegung des Schwurgerichts-Gesetzes (Beilage 126, Protokoll 43), hat derselbe als das Hauptmotiv für die bezweckte Aenderung des Strafrechtes und des Strafprozesses deren Zusammenhang mit den neu einzuführenden Schwurgerichten bezeichnet. Diese neue Institution verlange nämlich, wie er bemerkte, eine wesentliche Umgestaltung der Strafgesetzgebung, und zwar insbesondere die Ausscheidung aller, der Doktrin angehörigen und dem Laien nicht verständlichen, juristisch-technischen Bestimmungen. Nach solcher Richtung hin erklärte er in beiden Vorträgen namentlich 3 Dinge für nothwendig, nämlich: die Scheidung der unerlaubten Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Polizei-Uebertretungen, die möglichst geringe Aufnahme von juristisch-technischen Anordnungen in den allge-

meinen Theil des Gesetzbuches, gleich wie die Anpassung der Verbrechen und Strafen an die Volksmeinung und die seitherigen Erfahrungen [107]. Die Unterlassung einer, hierdurch geforderten, vollständigen Umgestaltung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und der Gerichts-Organisation suchte er durch „die Ungeduld des Zeitbewußtseins, welches die technischen Schwierigkeiten nicht kenne", zu entschuldigen. In der Sitzung vom 9. Februar 1849 machte er für das Unterbleiben einer totalen Revision der bestehenden Gesetzbücher über das Strafrecht und den Strafprozeß überdies auch den Umstand geltend, daß voraussichtlich die betreffende Gesetzgebung von Seiten der deutschen Central-Gewalt in die Hand genommen werden würde. In derselben Kammer-Sitzung gab er auch die Aeußerung ab, daß „die doktrinären Spitzfindigkeiten", welche in dem allgemeinen Theile des Strafgesetzbuches mitunterliefen, für einfache Geschworene nicht paßten. — Der vorgelegte, in Rede stehende, Gesetzes-Entwurf selbst enthielt nun an den Stellen, wo es sich von einer Aufhebung der seitherigen Bestimmungen des allgemeinen Theiles des Strafgesetzbuches über rechtswidrigen Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch, rc. handelte, den ausdrücklichen Beisatz: „als der Doktrin angehörig". Diese Worte wurden jedoch von der Kammer, dem

107) Das zuletzt erwähnte Motiv darf man doch wohl nicht als eine charakteristische Eigenschaft und als ein eigenthümliches Postulat der Schwurgerichts-Verfassung bezeichnen! Denn die Anpassung der Verbrechen und Strafen an die Volksmeinung (wofern hierunter nur die geläuterte und wahrhafte Volksüberzeugung verstanden wird) und an die seitherigen Erfahrungen bildet eine absolute Forderung der Criminal-Gerechtigkeit und Criminal-Politik, welche von der jeweiligen Gerichts-Verfassung durchaus unabhängig ist, und durch die Gesetzgebung stets erfüllt werden muß, mag sie für Geschworene, oder für gelehrte Richter berechnet sein. —

Antrage ihrer Commission entsprechend, gestrichen, und durch den folgenden (in das Gesetz Art. 9 übergegangenen) Passus ersetzt: „Die Artikel 54—61 (Art. 62—73) des Strafgesetzbuches fallen als gesetzliche Vorschriften aus", — welche Ausdrucksweise als eine für die Gesetzessprache passendere bezeichnet wurde. In materieller Beziehung war übrigens mit dieser Redaktions-Aenderung keinerlei Differenz bezweckt, wie die Vergleichung der betreffenden Aeußerungen in der Kammer, und zwar vorzugsweise des Regierungs-Commissärs (v. Hofacker) und des Referenten (Holzinger), klar beweist. Man wollte hierdurch nur den Gerichten es anheimstellen, die aufgehobenen Normen des Strafgesetzbuches als doktrinelle Anhaltspunkte zu benützen. In solcher Richtung gab daher der Referent in der Sitzung vom 19. Juni 1849 (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten auf dem Landtage von 1848—49, Band V. S. 4320) die folgende Aeußerung ab: „Es sollte damit nichts gesagt werden, als daß die Vorschriften der Art. 54—61 nur, insoweit sie sonst mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen übereinstimmen, noch Anwendung finden können, daß aber der Richter, insoweit sie positive Normen enthalten, nicht mehr daran gebunden sein soll." —

Eine Beziehung zu dem gemeinen Rechte schwebte also keinem der gesetzgeberischen Faktoren vor, und nirgends findet sich auch nur eine entfernte Andeutung der Absicht, durch ihr Werk jenem Rechte wieder einen breiten Eingang in die Praxis zu eröffnen, beziehungsweise dessen formelle (subsidiäre) Geltung wiederherzustellen. Gleichwohl kann auf dem betretenen Wege sich kaum ein anderes Resultat ergeben. Obschon nämlich der Ausdruck „Doktrin" (ungeachtet der ihm von der Regierung selbst zugewandten Gunst) keine Gnade

in den Augen der Württembergischen Gesetzgeber gefunden hat; so ist doch ihr zweifelloser Sinn dahin gerichtet gewesen, die Bildung und Feststellung der aufgehobenen Begriffe und Rechtssätze der Wissenschaft zu überlassen. Wo sonst kann und soll der Württembergische Richter von nun an sich Aufschluß verschaffen über die Begriffe des rechtswidrigen Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, gleich wie über deren verschiedene Arten, Grade und Stufen, ferner über die Begriffe und näheren Verhältnisse des physischen Urhebers, des Anstifters, des Gehülfen, des Begünstigers, des Complottes, des Versuches und der Vorbereitungshandlungen, ꝛc.? Woher sonst kann und soll er die Entscheidung der überaus zahlreichen Controversen von so großer praktischer Bedeutung schöpfen, welche sich an alle diese allgemeinen Punkte angeknüpft haben? Wenn man den Richter, wie Dies der, in der Sitzung vom 19. Juni 1849 erstattete, Bericht der Justizgesetzgebungs-Commission (Beilage 412, Prot. 162, Beilage-Band I. Abth. 2. S. 780) thut, auf „das Rechtsbewußtsein jedes Denkenden" verweist: so hat man hiemit, wofern nicht der subjektivsten und bodenlosesten Willkühr Raum vergönnt sein soll, entweder die Philosophie oder das allgemeine und unvermittelte Volksbewußtsein (im trivialen Sinne) für die, von ihm zu benützende, Rechtsquelle erklärt. Gegen eine solche Auffassung sind nun aber alle diejenigen Ausstellungen und Einwürfe zu kehren, welche wir theils im dritten Capitel der ersten, theils im zweiten Capitel der zweiten Abtheilung (vornehmlich bei der Besprechung der Ansicht Beseler's und Temme's) bereits näher ausgeführt haben.

Wofern man dagegen die Gerichte darauf hinweisen wollte, die seitherigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches un-

bedingt festzuhalten; so würde ein solches Verfahren dem Sinne und der Tendenz des vorliegenden Gesetzes, welche sich aus der vollkommenen Uebereinstimmung der Regierung und der Stände zweifellos ergeben, absolut widersprechen. Der ganze Zweck der betreffenden Bestimmungen war ja dahin gerichtet, den Richter von der Fessel des gesetzlichen Buchstabens zu befreien. Hiezu kommt, daß wir es bei jenen aufgehobenen Normen des Strafgesetzbuches von 1839 selbst mit nichts Anderem zu thun haben, als mit fixirten und stagnirenden Resultaten der gemeinrechtlichen Doktrin seiner Zeit. So wenig sich daher im Allgemeinen eine begründete Einwendung dagegen erheben läßt, wenn die Württembergischen Gerichte auch jetzt noch an diejenigen Bestimmungen der fraglichen Artikel des Gesetzbuches sich halten, welche im Wege der seitherigen Erfahrungen sich erprobt haben (was wohl auch das regelmäßige Verfahren in der gegenwärtigen Praxis Württemberg's bilden wird); so wenig kann es andererseits gerechtfertigt werden, wenn sie Dies durchaus und überall thun, und hierdurch, im Widerstreite mit dem offenbaren Sinne des Gesetzgebers selbst, den Fortschritten der wissenschaftlichen Erkenntniß den gebührenden Einfluß auf die Praxis vorenthalten. — Wenn und insoferne übrigens von den Gerichten ihre seitherige Praxis in der Eigenschaft eines formell bindenden Gerichtsgebrauches festgehalten werden wollte; so kann hiergegen mit allem Fuge diejenige Bemerkung geltend gemacht werden, welche wir am Schlusse des vorhergehenden §. 18 dargelegt haben. —

Huldigt man nun der, seither näher motivirten, Auffassung, — gegen welche doch wohl kaum ein stichhaltiger Einwand sich wird erheben lassen, — so hat man mit anderen Worten die Thatsache anerkannt, daß in Betreff aller jener,

von den aufgehobenen Gesetzes-Artikeln berührten, Punkte ein Gerichtsgebrauch vorliege, welcher wissenschaftliches Recht in sich enthalte. Es muß daher hinsichtlich derselben in der Regel dem Richter überlassen bleiben, auf der Grundlage der seitherigen, an dem Maßstabe der neueren gemeinrechtlichen Wissenschaft sorgfältig geprüften, Praxis eine selbstständige Ueberzeugung sich zu bilden [108]). Wofern es sich nun aber hiebei von solchen (nicht controversen) Fragen handelt, in Betreff welcher unter den Gerichten des Landes eine zweifellose Uebereinstimmung, also ein auf gewohnheitsrechtlicher Basis beruhender (zum Juristenrechte im engeren Sinne gehöriger) Gerichtsgebrauch besteht: so wird man bei näherer und gründlicher Untersuchung sich sicherlich davon überzeugen können, daß in Betreff jener Fragen auch in der gemeinrechtlichen Doktrin unserer Tage eine materielle Uebereinstimmung der Meinungen (eine communis opinio) herrsche, und daß daher in den fraglichen Fällen und Beziehungen (wenigstens in der weitaus überwiegenden Mehrzahl derselben) ein gemeiner deutscher Gerichtsgebrauch, beziehungsweise ein gemeines deutsches wissenschaftliches Gewohnheitsrecht, zur vollendeten Existenz gediehen sei. —

Weshalb soll also —, können wir hiernach füglich fragen, — der Württembergische Richter z. B. gehindert sein, die sog.

108) Besondere Beachtung in dieser Richtung verdient eine merkwürdige Aeußerung des Berichterstatters (Holzinger) in der Sitzung vom 19. Juni 1849, wo er auf den (von Wiest gemachten) Vorhalt, daß bei dem Leser des, oben erwähnten, Gesetzes-Passus die Meinung erweckt werden könnte, als ob die aufgehobenen Artikel des Strafgesetzbuches noch als Vorschriften Geltung hätten, wenn auch nicht als gesetzliche, erwiederte: „Sie haben dieselbe Geltung, wie jeder allgemeine Rechtsgrundsatz in irgend einem Lehrbuche, z. B. über dolus und culpa; es ist dem Ermessen des Richters anheimgegeben, ob er ihn für richtig anerkennen will, oder nicht?“

Wahnverbrechen und den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln unter allen Umständen straflos zu lassen, wenn er die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieses Grundsatzes gewonnen hat? Weshalb soll er den Versuch mit relativ untauglichen Mitteln nicht auch in anderen, als den vom Art. 72 des Strafgesetzbuches ausdrücklich genannten Fällen des Irrthums und der Verwechslung, mit Strafe belegen dürfen?, rc., rc. —

Ein ähnliches Verhältniß, wie das durch die vorangeschickten Bemerkungen für Württemberg geschilderte, wird wohl auch in allen übrigen deutschen Ländern sich nachweisen lassen, welche ein älteres Strafgesetzbuch besitzen, dessen exklusiver Charakter durch neuere Gesetze (Novellen) mehr oder minder durchlöchert worden. Ja sogar in denjenigen Ländern, deren Gesetzbücher erst in der neuesten Zeit revidirt worden sind, kommt das gemeine Recht allenthalben zur mittelbaren und unmittelbaren Anwendung (wie aus den Erörterungen des vorigen §. entnommen werden kann), indem nur aus ihm die Ergänzung ihrer Lücken, seien sie bewußte und absichtliche (ähnlich der auf S. 301 erwähnten), oder unbewußte und unwillkührliche, bewirkt zu werden vermag. Auch bei diesen neuesten Gesetzbüchern strömt also —, wenn ich so sagen darf, — das gemeine Recht durch alle Poren des Rechtskörpers heraus und herein. —

Wofern nun die Gerichte in den einzelnen deutschen Ländern die Ueberzeugung von der Richtigkeit der hier ausgeführten Sätze gewinnen: so hängt es lediglich von ihnen ab, ob sie Das, was sich seither auf unbewußtem Wege in Folge einer verborgenen Nothwendigkeit vollzogen hat, mit klarem, sicherem, bestimmtem und besonnenem Bewußtsein zur Geltung bringen wollen? Es hängt einzig und allein von

ihnen ab, ob sie die gemeinrechtliche Doktrin für die Auslegung und Ergänzung ihres mehr oder minder vollständigen und abgeschlossenen Landesgesetzbuches mit der bewußten Erkenntniß benützen wollen, daß sie hiemit zugleich dem gemeinen Rechte selbst in derjenigen Gestalt, zu welcher dasselbe in Folge einer mehrhundertjährigen, wissenschaftlichen Entwicklung sich erhoben hat; die praktische Beherrschung der Lebensverhältnisse zugestehen? Auf solchem Wege wird dann auch vermittelst eines von besonnener Energie und klarer Erkenntniß geleiteten Handelns eine größere Gleichförmigkeit in dem deutschen Rechtswesen und in der deutschen Rechtspflege überhaupt herbeigeführt werden. Denn wenn auch hinsichtlich der controversen Punkte die Gerichte verschiedener Länder, beziehungsweise sogar die verschiedenen Gerichte eines und desselben Landes, weit auseinander gehen, und den in der Doktrin herrschenden Meinungskampf nach allen seinen Schattirungen in der Praxis wiederspiegeln mögen: so wird sich dennoch auf diesem Wege weit eher und leichter ein fester, gesunder Niederschlag bilden, und es wird die materielle Wahrheit weit eher und vollkommener zum Siege durchdringen können, als wenn sie erst die hemmende Fessel des Buchstabens der Gesetze zu sprengen hätte! Der Gerichtsgebrauch besitzt nämlich (wie wir schon mehrfach ausgesprochen) nicht die harte Rinde des Gesetzes, und die unzulängliche Auffassung der Gerichte oder der theoretischen Juristen, und zwar vorzugsweise der Schriftsteller, vermag dem durch das Leben selbst geübten Correktive weitaus keinen so spröden Widerstand zu leisten, als die der Gesetzgebung. Der zunächst blos formelle Gewinn, welcher dadurch erzielt wird, daß die Gerichte sämmtlicher deutscher Länder in bewußter Weise aus einer und derselben Quelle, nämlich aus der heutigen gemeinrechtlichen Wissenschaft, das

Material für die Auslegung und Ergänzung ihrer partikularen Gesetzbücher schöpfen, kann nicht verfehlen, in allmäliger Rückwirkung auch einen höchst bedeutenden, materiellen Einfluß auszuüben.

Wenn wir auch zugestehen wollen, daß der Richter sein Landesgesetzbuch zuvörderst aus seinem eigenen Zusammenhange und aus seiner speziellen Entstehungsgeschichte, beziehungsweise aus den mit der letzteren zusammenhängenden Materialien, zu erklären und zu ergänzen suchen soll: so können wir dennoch auf der anderen Seite den Umstand nicht unbeachtet lassen, daß er auf solchem Wege in vielen Fällen zu keinem befriedigenden und haltbaren Resultate gelangen werde. Denn ganz abgesehen davon, daß die Lehre von der Benützung der ständischen Verhandlungen für die Zwecke der Interpretation selbst eine sehr controverse und schwankende Materie in unserer heutigen Doktrin bildet [109]), und daher selbst als ein Bestandtheil des unvollendeten, in einem noch ziemlich unreifen Entwicklungs-Stadium begriffenen, wissenschaftlichen Rechtes betrachtet werden muß: — glaube ich, daß den Richter in vielen Fällen die Benützung eines guten (neueren) Lehrbuches über das gemeine Strafrecht weit eher zu einem gedeihlichen Ziele führen würde, als das Zurückgehen auf jene, an verschiedenartigen und sich gegenseitig durchkreuzenden Aeußerungen der einzelnen Faktoren so reichen, Gesetzgebungs-Materialien. Freilich wird dem Richter in

109) Eine sehr beachtenswerthe Ausführung über diese so schwierige und bestrittene Materie hat auch Hufnagel in seinem Commentare zu dem Württembergischen Strafgesetzbuche, Band III. S. 5—22, geliefert. Als besonders originell und treffend erscheint seine Entwicklung der hinsichtlich der sog. Motive der Staatsregierung zu vollziehenden Unterscheidung von 3 selbstständigen Arten.

zweifelhaften Fällen ein zuverlässiger Commentar über sein Gesetzbuch —, wie wir ja in den meisten Ländern bereits treffliche Werke dieser Art besitzen, — eine sichere Leitung und zureichende Hülfe gewähren. Allein hierdurch wird jene meine Behauptung keineswegs umgestoßen, da alle solche Commentare auf der Grundlage der gemeinrechtlichen Wissenschaft beruhen, deren Resultate sie nur zugleich mit dem Gesetzgebungs-Stoffe ihres Heimathlandes verarbeiten und verwenden.

Weshalb soll der Richter in denjenigen Fällen, in welchen ein begründeter Zweifel über den Gedanken und die Absicht seines Gesetzgebers besteht, diesen nicht im Sinne der herrschenden Meinung der neuesten Wissenschaft lösen dürfen, da die letztere doch wohl diejenige Entscheidung getroffen haben wird, welche auf dem Boden der geschichtlichen Entwicklung des positiven Rechtes für die vernunftgemäßere, und eben deshalb für die materiell-gerechtere, zu halten ist? Weshalb soll der Richter, welcher einem Partikular-Gesetzbuche unterworfen ist, auch da, wo ihm die Fessel des äußeren Buchstabens nicht hemmend im Wege steht, den Fortschritten der Wissenschaft die ihnen gebührende Einwirkung auf die Lebensverhältnisse verwehren? — Wenn die Rechtsanwendung und die Gesetzgebung ihr unbegründetes Mißtrauen gegen die Theorie oder Wissenschaft aufgeben; so wird, falls diese ihre Schuldigkeit thut (gleich wie sie auch seither ihre Vertreter, wenigstens nach ihrer Mehrzahl, gethan haben), unser gesammter Rechtszustand ein wesentlich anderer und besserer werden! Bei allen jenen zweifelhaften Punkten und Fragen, welche wir (nach dem Vorgange Osenbrüggen's) als „offene" bezeichnen möchten, sollte der Richter nicht etwa in einer ängstlichen Weise den, häufig so schwer zu ermittelnden, Sinn

der constitutionellen Gesetzgebungs-Faktoren zu erforschen suchen, und eben so wenig auf der Grundlage subjektiver Ansichten und willkührlicher Reflexionen, oder naturrechtlicher Anschauungen und Deduktionen, oder endlich der mehr oder minder ausgedehnten Vergleichung der einzelnen Landesgesetzbücher, die Entscheidung geben: sondern vielmehr an der Hand der positiven, geschichtlich entwickelten, Auffassung des (heutigen) gemeinen Rechtes, so wie dieselbe von der herrschenden Methode unserer Zeit vertreten, und in den meisten neueren Lehrbüchern noch befolgt wird. — Man darf nun aber nicht etwa glauben, daß hierdurch einer schrankenlosen Willkühr Thor und Thüre geöffnet, und die Herrschaft des Gesetzes zu einer rein illusorischen gemacht würde, indem in der That der Richter um den Sinn, Gedanken und Willen des Gesetzgebers sich ganz und gar nicht zu bekümmern hätte (ähnlich der Praxis des 18. Jahrhunderts). Denn einerseits statuiren wir ja den geforderten Rückgriff zur gemeinrechtlichen Doktrin nur für die wahrhaft zweifelhaften und bestrittenen oder bestreitbaren Punkte —, deren es freilich in den neueren Gesetzbüchern eine große Anzahl gibt, und wohl auch bei jeder, noch so detaillirten und casuistischen, Gesetzgebung stets geben wird [110]. Andererseits muß

110) Daß man hinsichtlich solcher zweifelhaften Punkte auch in Folge der blosen Benützung der Gesetzgebungs-Materialien des betreffenden Landes zu ganz verschiedenen und entgegengesetzten Resultaten gelangen kann: Dies beweist die einfache Vergleichung der Commentare oder Lehrbücher verschiedener Verfasser über ein und dasselbe Partikularrecht, z. B. Hepp's und Hufnagel's, Beseler's, Temme's und Hälschner's, ꝛc. ꝛc. Es begründet natürlich hiebei eine sehr große Differenz, ob man die Aeußerungen (oder auch das Stillschweigen) des einen oder des anderen Faktors der Gesetzgebung, beziehungsweise des einen oder des anderen Mitgliedes der

auch der Umstand in volle Rechnung genommen werden, daß alle Gesetzgeber unserer Zeit, und zwar sowohl die Mitglieder der Regierungen, als auch die der Ständekammern, selbst nur von einem, mehr oder minder vollkommenen, doktrinellen Standpunkte ausgegangen sind, und von doktrinellen Motiven sich haben leiten lassen, so daß sie also bewußt oder unbewußt von einer oder der anderen Auffassung der dermaligen Resultate der gemeinrechtlichen Theorie beherrscht und bestimmt worden sind. Es trifft also hiebei Das vollkommen zu, was Savigny in der ersten Beilage zu seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 170 von den heutigen Praktikern behauptet, daß nämlich dieselben „größtentheils doch nichts Anderes seien, als Theoretiker, die meist nur auf halbem Wege stehen geblieben." Ganz aus der gleichen Grundanschauung ist auch seine weitere, ebendaselbst abgegebene, Aeußerung geflossen: „Wie wir jetzt stehen, können wir kein Gesetzbuch machen, das etwas Anderes wäre, als eine wissenschaftliche Arbeit, so daß unsere Gesetzbücher im günstigsten Falle von den eigentlichen Gebrechen unseres in Abstraktionen lebenden Zeitalters nicht werden frei bleiben können."

Daß die Wissenschaft des gemeinen Rechtes einen sehr bedeutenden interpretativen Werth für die neueren Gesetzbücher habe, erkennt auch Wächter in der entschiedensten und nachdrücklichsten Weise an. Wir sind nun nur bestrebt, diese interpretative Bedeutung des gemeinen Rechtes näher zu

---

Regierung und der Ständekammern, besonders betont, und durch sie den letzten Ausschlag geben läßt? Zu einer solchen Differenz wirken überdies die verschiedenen Ansichten und Theorien über die Benützung der ständischen Verhandlungen für die Zwecke der Auslegung überhaupt sehr wesentlich mit.

bestimmen und strenger zu formuliren, gleich wie dahin zu erweitern, daß wir die gemeinrechtliche Wissenschaft für den belebenden, ergänzenden und fortbildenden Faktor aller partikularen Gesetzbücher erklären [111]). Diese ihre praktische und produktive Kraft wollen wir nach ihrem wahren Gehalte erkannt, und nach ihrer intensiven Wirkung gewürdigt wissen. Wenn Wächter treffend bemerkt, daß jene Gesetzbücher Kinder ihrer Zeit seien; so können und wollen wir darauf hinweisen, daß auch die gemeinrechtliche Doktrin als ein solches Kind betrachtet werden müsse. Ja wenn man das Verhältniß von Ursache und Wirkung wahrhaft erforscht, und die hiebei naturgemäß stattfindende Wechselwirkung nicht außer Augen setzt: so kann man mit größtem Fuge behaupten, daß alle jene Gesetzbücher nach ihrem vorzüglichsten Inhalte selbst nichts Anderes seien, als die Kinder der gemeinrechtlichen Theorie ihrer Zeit. Sie gehören also alle zu einer und derselben Familie, und zeigen wohl ähnliche Verschiedenheiten auf, wie sie auch in der Natur unter den einzelnen Mitgliedern einer Familie sich vorzufinden pflegen. Was Geib — an der in der Abtheilung I. S. 143, Note 85 angeführten Stelle — von dem Bairischen

111) In einem ganz ähnlichen Sinne hat sich Savigny, Beruf unserer Zeit, S. 137, über das Verhältniß der Wissenschaft, beziehungsweise des Studiums des gemeinen Rechtes, zu den Gesetzbüchern in Oestreich und Preußen folgender Maßen ausgesprochen: „Nicht blos für die gründliche Kenntniß und Anwendung der Gesetzbücher ist das vorige Studium unentbehrlich, sondern auch für ihre Fortbildung und Vervollkommnung, die doch Jeder für nothwendig erkennen wird, er mag auch den Werth derselben noch so hoch anschlagen. Denn die Gesetzbücher selbst sind auf theoretischem Wege entstanden, und nur auf diesem Wege können sie mit Sicherheit geprüft, gereinigt und vervollkommnet werden."

Strafgesetzbuche von 1813 behauptet, daß nämlich dasselbe als: „mater omnium constitutionum criminalium recentiorum“ zu betrachten sei: Dies können wir mit größerem Rechte und mit richtigerer Erkenntniß des wahren Sachverhaltes auf die gemeinrechtliche Wissenschaft beziehen. Aus ihr vornehmlich sind die neueren deutschen Gesetzbücher insgesammt hervorgegangen, gleich wie alle künftigen deutschen Legislationen mit näherem oder entfernterem Bewußtsein aus derselben, als ihrer Hauptquelle, hervorgehen werden!

Der Richter kann also das Gesetzbuch seines engeren Vaterlandes nur dann in der wahrhaft genügenden und entsprechenden, oder in der wahrhaft wissenschaftlichen Weise auslegen und anwenden, wenn er dasselbe an das Recht des gesammten deutschen Vaterlandes und dessen Wissenschaft anknüpft. Im Allgemeinen zwar thut und leistet Dies auch die, in unserer heutigen Rechtswissenschaft herrschende, geschichtliche Methode. Allein dieselbe bricht leider! gerade da ab, wo der lebendige Hauch und warme Athem des Geistes unserer Gegenwart weht, — eines Geistes, welcher jedem in ächter Weise wissenschaftlich gebildeten Juristen Deutschlands innewohnt, vorausgesetzt, daß er ihn wirklich zu ergreifen, und seiner bewußt zu werden vermag. Dieser Geist ist kein willkührlicher und blos subjektiver, kein spekulativer oder philosophischer, kein auf abstrakter Reflexion und äußerlicher Combination beruhender: sondern er bildet vielmehr das objektive Ergebniß einer positiv-geschichtlichen, nationalen Entwicklung vieler Jahrhunderte, die materielle Errungenschaft des juristischen Denkens aller vergangenen Geschlechter, die reife Frucht der ununterbrochenen, mehrhundertjährigen Arbeit der theoretischen und praktischen Juristen

Deutschlands, als der natürlichen und berufenen Repräsentanten ihrer Nation!

---

§. 20.

Wenn wir nun auch den Werth und die Bedeutung der hier vertretenen Auffassung des gemeinen Rechtes für die Gesetzgebung näher zu bestimmen suchen; so müssen wir deren beide Hauptrichtungen oder Hauptformen von einander ab- und unterscheiden, nämlich die allgemeine oder national-deutsche Gesetzgebung und die partikulare für die einzelnen deutschen Staaten. —

Was nun zunächst die so überaus schwierige, delikate und bestrittene Frage nach einer allgemein-deutschen Gesetzgebung, und zwar vorzugsweise innerhalb des Strafrechtes, betrifft, so kann natürlich auch nicht entfernt davon die Rede sein, dieses so bedeutungsvolle und weitverzweigte Problem hier irgendwie erschöpfend erörtern zu wollen [112]).

112) In neuester Zeit haben über diese berühmte und bedeutungsvolle Streitfrage (außer den bereits in der ersten Abtheilung erwähnten Schriftstellern) namentlich sich geäußert: Sintenis, zur Frage von den Civilgesetzbüchern, Leipzig 1853, S. 43—72 und S. 153—173; Bluntschli, die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, Zürich 1841, S. 8—20; Abegg, die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft der Gegenwart, Braunschweig 1859, S. 59 und 60; Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Leipzig 1857, S. 54—63; Krug in den Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft von Schletter (1859), B. 5, H. 2, S. 124—130; Mittermaier in der Groß'schen Zeitschrift für die Strafrechtspflege in Deutschland, Jahrg. I. (1858) H. 4. S. 1—18, Jahrg. II. (1859) H. 3, S. 189—225, 2c. — Sehr schätzbare und beachtenswerthe Bemerkungen über dieses Thema enthält auch der Aufsatz eines älteren Praktikers, nämlich W. H. Puchta's (des Aelteren), in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. 13, S. 125—140. —

An eine solche eingehendere Betrachtung und Besprechung jener folgenschweren Frage kann hier um so weniger gedacht werden, als dieselbe in einem sehr engen Zusammenhange mit den politischen Verhältnissen Deutschlands steht, und politische Erörterungen irgend welcher Art — gemäß dem, in der Vorrede zur ersten Abtheilung S. VII und VIII gezeichneten, rein wissenschaftlichen Charakter der vorliegenden Schrift — aus dem Umkreise unserer Deduktionen schlechthin ausgeschlossen bleiben müssen! Wir wollen daher nur auf die technische oder wissenschaftliche Seite der obschwebenden Frage von unserem Standpunkte aus ein kurzes Streiflicht werfen, m. a. W. wir wollen nach ihren allgemeinsten Umrissen diejenigen Resultate schildern, welche in der angedeuteten Richtung aus unserer Grundanschauung sich gewinnen lassen. —

Nach dieser Seite hin will ich nun meine Ansicht sogleich von vorneherein dahin aussprechen, daß ich, in der Consequenz des hier eingenommenen Standpunktes, die Frage nach der Zeitgemäßheit jenes nationalen Unternehmens (wie bereits oben S. 16 angedeutet worden) durchaus verneinen zu müssen glaube. Ungeachtet des in und durch die neueste deutsche Rechtsentwicklung scheinbar begründeten (von der Mehrzahl der heutigen Juristen wohl auch behaupteten) Gegentheiles, hege ich die Ueberzeugung, daß die von Savigny in seiner vortrefflichen —, schon so vielfach von mir erwähnten und benützten, — Schrift über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" gegen das fragliche Nationalwerk vorgebrachten Gründe auch jetzt noch ihre volle Bedeutung und ihr ganzes Gewicht besitzen. Ja einzelne derselben scheinen mir in Folge der, inzwischen gemachten, legislativen Erfahrungen sogar an Kraft und Schwere noch ge-

wonnen zu haben, und daher jetzt eine noch ernstere Beachtung zu verdienen, als zu der Zeit, in welcher Savigny seinen gewichtigen Mahn- und Warnungsruf erhoben hat! —

Da wir nun aber, wie gesagt, nicht entfernt daran denken können, jenen alten und berühmten, auch in der Gegenwart noch nicht geschlichteten, Streit zwischen Thibaut und Savigny hier wieder aufzunehmen; so wollen wir an dieser Stelle nur ein einziges Moment hervorheben, welchem freilich, wie ich glaube, eine sehr große und tiefgreifende Bedeutung nicht abgesprochen zu werden vermag. Ja nach der technischen Seite hin halte ich diesen Punkt geradezu für den in höchster Instanz entscheidenden, so daß von ihm der innere Werth, der materielle Erfolg und das dauernde Schicksal des ganzen Werkes schließlich abhängen würde!

Wir können nämlich die Frage aufwerfen: Woher sollen die Verfasser jenes allgemein-deutschen Gesetzbuches dessen wesentlichen Stoff und Hauptinhalt schöpfen; welche Quelle sollen sie für diesen Zweck vornehmlich benützen? Hinsichtlich dieser so bedeutsamen und folgenreichen Grundfrage werden sich nun —, mag man die betreffende Gesetzgebungs-Commission zusammensetzen, wie man will; mag in ihr das Element der Theoretiker, oder das der Praktiker und Geschäftsmänner, das der Juristen und Techniker, oder das der nicht rechtswissenschaftlich Gebildeten, ꝛc. überwiegen, — stets in einer mehr oder minder bewußten Weise und unter größeren oder geringeren, durch die Subjektivität bedingten, Modifikationen und Mischungen alle jene Meinungs-Gegensätze, welche wir in der ersten Abtheilung gegenwärtiger Schrift geschildert haben, Geltung zu verschaffen suchen. Eines der größten und unüberwindlichsten Hindernisse für die erfolgreiche Unternehmung einer national-deutschen Gesetzgebung in dem gegenwärtigen

Zeitpunkte oder in einer nahen Zukunft erblicke ich also — in dem Gegenstande der vorliegenden Schrift selbst. — Die Einen werden nämlich das neue Gesetzgebungs-Werk, seinem wesentlichen Inhalte nach, aus den übereinstimmenden Elementen aller, oder doch wenigstens der Mehrzahl der neueren Landesgesetzbücher bilden wollen; die Anderen werden den Anspruch erheben, daß das Gesetzbuch ihres engeren Vaterlandes zur ausschließlichen, oder doch jedenfalls zur hauptsächlichen, Grundlage gemacht werde (in welcher Richtung bereits seither das Preußische Strafgesetzbuch von einer Seite warm empfohlen, von einer anderen Seite entschieden zurückgewiesen worden ist); wieder Andere werden, und zwar namentlich in dem sog. allgemeinen Theile, ihren philosophischen Anschauungen und naturrechtlichen Begriffen, oder ihren criminalpolitischen Ansichten und vereinzelten Lebenserfahrungen in den größten Dimensionen der subjektiven Verschiedenheiten Eingang zu verschaffen suchen; wieder Andere werden legislative Gesichtspunkte, oder praktische, auf den gesunden Menschenverstand und das unvermittelte Volksgefühl gestützte, Rücksichten (etwa im Zusammenhange mit der Schwurgerichts-Verfassung) in den Vordergrund stellen; Manche werden auch ihre politischen Parthei-Interessen und Tendenzen durchzusetzen suchen, ꝛc. ꝛc. Eine sehr geringe Minderzahl dagegen wird den Hauptstoff für das neue Gesetzbuch da suchen, wo er, meiner Ueberzeugung nach, einzig und allein gefunden werden könnte und sollte, nämlich — in dem heutigen gemeinen Rechte, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil fast alle Juristen der Gegenwart dessen praktische und lebendige Existenz, beziehungsweise dessen formellen Charakter, läugnen. Da sie das auf der Grundlage des römischen Rechtes und der CCC. erwachsene (ältere) gemeine Recht blos als ein geschichtli-

ches Moment, freilich von großer Bedeutung für die wissenschaftliche Bildung des Juristen, aufzufassen, und ihm die unmittelbar-praktische Geltung in der Gegenwart (wenigstens für ganz Deutschland, d. h. in der Eigenschaft eines formell-gemeinen Rechtes) abzusprechen pflegen: so können sie dasselbe auch nicht in seiner unmittelbaren (realen) Gestalt als eine brauchbare Grundlage für ein, auf die Bedürfnisse des gegenwärtigen Lebens berechnetes, legislatorisches Werk verwenden. — Derjenigen Auffassung also, welcher die vorliegende Schrift die alleinige Berechtigung zugesteht, würde nach dem gegenwärtigen Stande der doktrinellen und legislativen Ansichten in Deutschland auf alle Fälle nur eine sehr untergeordnete und unzulängliche Berücksichtigung zu Theil werden. Von diesem Punkte will ich übrigens —, so überaus großen Werth ich auch für meine Person demselben beilege, — hier gänzlich abstrahiren, da ich ohnedies leicht in einem blosen Cirkel der Schlußfolgerung mich bewegen könnte. Allein einen um so größeren Nachdruck muß ich andrerseits auf die, zuvor angedeutete, vielgestaltige Meinungs-Verschiedenheit legen, welche unter den Mitarbeitern an jenem nationalen Gesetzgebungs-Werke hervortreten, und nach allen Seiten hin ihren lähmenden und nachtheilig wirkenden Einfluß ausüben würde. Wie läßt sich nur die solid begründete Hoffnung hegen, daß aus dem Durcheinanderspielen so verschiedenartiger und aus dem Kampfe so diametral einander entgegengesetzter Ansichten ein befriedigendes, löbliches und dauerhaftes Werk hervorgehen könnte?! Gegen solche ernste und schwere Bedenken können auch nicht die deutsche Wechselordnung und das deutsche Handelsgesetzbuch als Gegenargumente verwendet werden, da es sich bei den übrigen Theilen oder Sphären des Rechtes, und zwar namentlich bei dem Strafrechte, um wesentlich

andere Interessen und durchaus andersgeartete Potenzen handelt, als bei dem (mehr oder minder kosmopolitischen) Handelsverkehre.

In der Consequenz unseres Standpunktes würde sogar für das Gebiet des Privatrechtes überhaupt nach der besprochenen Richtung hin kein so bedeutendes Hinderniß einer einheitlichen (national=deutschen) Gesetzgebung geltend gemacht werden können, als in dem Gebiete des Strafrechtes. Denn für jenes erkennt die herrschende Meinung der heutigen Doktrin die subsidiäre (formelle) Geltung des gemeinen, und zwar namentlich des römischen, Rechtes in allen denjenigen Ländern entschieden an, welche kein umfassendes oder vollständiges Gesetzbuch besitzen. Bekannter Maßen machen sich jedoch in und für das Civilrecht sehr erhebliche Schwierigkeiten anderer Art fühlbar, unter welchen der zwischen den römischen und deutschen (oder germanischen) Rechtselementen bestehende Dualismus eine hervorragende Stelle einnimmt. —

Freilich könnte man den hier erhobenen Bedenken gegenüber auf die, namentlich durch die Berathungen in den Ständekammern der einzelnen Länder constatirte, erfahrungsmäßige oder geschichtliche Thatsache der im Wege der Diskussion bewirkten Ausgleichung aller Meinungs=Verschiedenheiten sich berufen wollen. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um prinzipielle Gegensätze von der höchsten, durchgreifendsten Bedeutung, also um solche Meinungs=Differenzen, welche über den Hauptstoff, den wesentlichen Inhalt und den Grundcharakter des ganzen Werkes entscheiden. In solcher Richtung darf man sich daher mit der blosen (eitlen und illusorischen) Hoffnung einer möglichen Ausgleichung und Vereinigung der Meinungs=Gegensätze nimmermehr beruhigen! Es ist also hiebei nicht etwa blos von einzelnen Mängeln

und Unvollkommenheiten die Rede, welche das fragliche Gesetzgebungs-Werk, gleich wie jedes Produkt der Menschenhände, in größerer oder geringerer Anzahl an sich tragen würde, sondern vielmehr von einem Grundgebrechen, welches über dessen künftiges Schicksal nothwendig entscheiden müßte. Was übrigens jene einzelnen Seiten, Beziehungen und Punkte betrifft, so würden dieselben voraussichtlich auch bei einer allgemein-deutschen Gesetzgebung, falls solche gegenwärtig unternommen würde, mit den gleichen Mängeln behaftet sein, wie in den verschiedenen Partikular-Gesetzbüchern unserer Tage. Hierauf hat auch schon Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Bd. I. S. 64 und 65, treffend hingewiesen. Gleich den besonderen Landesgesetzbüchern würde auch jenes national-deutsche Gesetzbuch, und zwar vorzugsweise in dem sog. allgemeinen Theile, eine Fixirung von mehr oder minder unvollkommenen und unreifen Resultaten der Theorie herbeiführen, und daher diese letzteren der Veredlung, Vervollkommnung und Reinigung durch die stets fortschreitende Wissenschaft entziehen. Die äußere Fessel des gesetzlichen Buchstabens würde auf solchem Wege der naturgemäßen Entwicklung des Rechtslebens nur störend und hemmend entgegentreten. Wofern man sich von Illusionen frei hält, so kann man keinesfalls die begründete Hoffnung hegen, daß jene gemeinsame oder allgemeine deutsche Gesetzgebung glücklicher sein würde, als die neueren und neuesten Legislationen der einzelnen Staaten, und daß jene im Stande sein sollte, den bedenklichen Klippen zu entgehen, an welchen der dauerhafte Erfolg dieser letzteren gescheitert ist. Wir sind übrigens nicht entfernt gemeint, hierdurch die großen und mannigfachen Verdienste der Partikulargesetzgebung unserer Zeit irgendwie antasten und in Abrede stellen, noch auch verkennen zu wollen, daß sie bis zu

einem gewissen Grade aus der Nothwendigkeit der Verhältnisse hervorgegangen. Allein wir möchten nur den Umstand nicht außer Augen gesetzt wissen, daß alle jene neueren Gesetzbücher, ihrem Grundcharakter nach, nichts Anderes sind, als doktrinelle oder theoretische Schöpfungen, und daß folgeweise auch eine allgemein-deutsche Gesetzgebung unserer Zeit diesen theoretischen Grundcharakter keinesfalls wird verläugnen können (zu vergl. auch oben S. 318). Wofern man nun die Resultate der Theorie in einem Zeitpunkte gesetzlich fixirt, wo die Wissenschaft in einem lebendigen Gährungsprozesse und in einer unruhigen, durch einen überschwenglichen Originalitäts- und Subjektivitäts-Drang beherrschten, Bewegung (welche in zahllosen Controversen und Nüançirungen der Meinungen sich offenbart) sich befindet: so wird ein solches legislatorisches Werk dem folgenden Dilemma kaum entgehen können. Entweder wird dasselbe nach dem Sinne und Geiste seiner Bestimmungen strikt angewendet; und dann versperrt es für längere Zeit, wofern man nicht den ungeeigneten Weg häufiger Novellen und rasch wiederkehrender Revisionen betreten will, der fortgeschrittenen wissenschaftlichen Erkenntniß die Einwirkung auf das Leben [113]). Oder aber der Gerichtsgebrauch schafft sich Raum und Luft, indem er der vorangeeilten, wissenschaftlichen Bildung und Einsicht zum Organe dient; und dann beherrscht in der That und Wahrheit nicht

113) Eine solche Novellen-Gesetzgebung und häufige Veranstaltung von Revisionen würde selbstverständlich für ein allgemein-deutsches Gesetzbuch noch weit größere Inkonvenienzen zur Folge haben, und würde hiebei auch mit weit bedeutenderen Schwierigkeiten zu kämpfen haben, als bei den einzelnen Landesgesetzbüchern. In dieser Beziehung würde ganz insbesondere die (sogleich auch im Texte zu berührende) Schwerfälligkeit und Unbeweglichkeit jenes, auf ein so ausgedehntes Herrschafts-Gebiet berechneten, Werkes ihren hemmenden Einfluß äußern.

mehr das Gesetzbuch den wirklichen Rechtszustand und das praktische Leben, sondern vielmehr seine „unsichtbare Umgebung“, auf welche wir bereits oben S. 275—278 das nähere Licht geworfen. Unter dieser letzteren Voraussetzung hätte man also nur scheinbar das angestrebte Ziel erreicht, und anstatt der bezweckten Sicherheit, Festigkeit und Gleichförmigkeit des Rechtszustandes hinwiederum nichts Anderes gewonnen, als dessen Beweglichkeit, Flüssigkeit und (vermeintliche) Ungewißheit!

Wenn nun, den vorangehenden Ausführungen zufolge, ohne arge Selbsttäuschung nicht wohl erwartet werden kann, daß zwischen dem neuen allgemein-deutschen Straf-Gesetzbuche und den seitherigen Gesetzbüchern der einzelnen Länder (besonders aus der neuesten Zeit) eine generische Verschiedenheit sich ergeben werde: so steht auf der anderen Seite mit allem Grunde zu befürchten, daß in dem ersteren vermöge seiner größeren Schwerfälligkeit und Widerstandsfähigkeit sich überdies noch mancherlei Mängel fühlbar machen könnten, welchen die letzteren ganz und gar nicht, oder doch jedenfalls nicht in einem gleich hohen Grade und Maße unterliegen. Doch hierüber haben bereits Mittermaier, Geib, Bekker und Andere so treffliche Deduktionen geliefert, daß wir uns hier jeder weiteren Bemerkung füglich enthalten dürfen [114].

---

114) Für das bürgerliche Recht hat Savigny auch auf die durch das Bestehen der Gesetzbücher in Oestreich und Preußen begründete, sehr erhebliche Schwierigkeit hingewiesen, da dieselben nicht wohl wieder aufgehoben, und mit einem allgemein-deutschen Gesetzbuche vertauscht werden könnten und wollten. Innerhalb des Strafrechtes würde nun diese Schwierigkeit in einem noch erhöhten Maße eintreten, da wohl keiner der Staaten, welche ein eigenes Gesetzbuch besitzen, dieses zu opfern, beziehungsweise

§. 21.

Suchen wir nun auch den Einfluß näher zu bestimmen, welchen unsere Auffassung des heutigen gemeinen Rechtes auf die Partikular-Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Ländern üben würde; so lassen sich hieraus vornehmlich die folgenden Leit- und Zielpunkte für dieselbe ab- und herleiten.

Vor allen Dingen sind die neueren und neuesten Landesgesetzbücher selbst als rechtsgeschichtliche Thatsachen (als faits accomplis) von der größten Bedeutung zu betrachten, so daß ihrer plötzlichen und unvermittelten Aufhebung nimmermehr das Wort geredet werden soll. Es ist also in Betreff derselben durchaus derjenige Standpunkt festzuhalten, welchen Savigny in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 135—150 hinsichtlich der allgemeinen Gesetzbücher in Oesterreich und Preußen vertreten und näher dargelegt hat.

---

einem anderen die Priorität zuzugestehen, sich bereit finden würde. — Von dem Boden der in gegenwärtiger Schrift vertretenen Grundanschauung aus können sich übrigens alle diese und ähnliche Diffikultäten gar nicht ergeben, da hiernach als die Grundlage eines dereinstigen allgemein-deutschen Gesetzbuches das wahrhaft gemeine oder nationale Recht erscheint, während dagegen das wahrhaft oder materiell partikulare Recht völlig unangetastet bleiben würde. Es hätte somit kein Staat von dem ihm spezifisch eigenthümlichen Rechte irgend etwas aufzugeben, sondern nur Das der gemeinsamen Legislation zu überlassen, was blos der Form nach als Partikularrecht auftritt, aber dem wahren Wesen und Gehalte nach eine gemeinrechtliche oder nationale Norm begründet. — Eine der erfreulichsten Consequenzen dieses Standpunktes würde nun überdies darin bestehen, daß das auf solcher Grundlage auferbaute Werk wirklich und aktuell alle deutschen Staaten (also auch Oesterreich und Preußen) umfassen könnte, da die, durch die Wissenschaft vermittelte, gemeine Rechtsentwicklung in allen deutschen Ländern und bei allen deutschen Volksstämmen sich gleichmäßig vollzieht! — zu vergl. insbesondere die oben in §§. 16 und 17 gegebenen Ausführungen. —

Wofern man nun aber auch das jeweilige Strafgesetzbuch als die neue, thatsächliche Basis des gesammten Strafrechtszustandes in dem betreffenden Lande zu betrachten und zu behandeln hat: so ist dennoch auf der anderen Seite mit ernster Besonnenheit zu erwägen: ob und inwieferne von diesem Boden aus die bewußte Anknüpfung an das gemeine Recht wiedergewonnen werden kann? Bei der Lösung dieser Frage darf nun zunächst der, schon früher — namentlich in obigen §§. 16, 17 und 18 — eingehend besprochene, Thatumstand nicht außer Rechnung gelassen werden, daß auch in allen jenen Ländern, welche ein umfassendes Gesetzbuch besitzen, das gemeine Recht seine subsidiäre, wenn auch quantitativ sehr geschmälerte, Herrschaft keineswegs gänzlich verloren, sondern vielmehr dieselbe, trotz der entgegenstehenden legislatorischen Tendenzen, faktisch und aktuell zu behaupten gewußt hat. Es würde somit hieraus für eine neue Partikular-Gesetzgebung, beziehungsweise für die künftige Revision einer solchen, die Anforderung sich herleiten lassen, jene subsidiäre Geltung und praktische Anwendbarkeit des gemeinen Rechtes ausdrücklich anzuerkennen, oder doch mindestens jegliche Anordnung zu unterlassen, aus welcher die Beseitigung dieser subsidiären Herrschaft gefolgert werden könnte. In einem consequenten und unzertrennlichen Zusammenhange hiemit würde die weitere Forderung einer bewußten Anerkennung der Autorität und Bedeutung des (volksmäßigen und wissenschaftlichen) Gewohnheitsrechtes und des Gerichtsgebrauches stehen; in welcher Richtung also die seitherige, feindselige und oppositionelle, Haltung der Gesetzgebungen gegenüber jenen Faktoren der stillen, unbewußten und ununterbrochen fortgehenden Rechtserzeugung vollständig

aufgegeben, und mit ihrem Gegentheile vertauscht werden sollte [115]).

Wir können übrigens dieses Resultat mit anderen Worten auch folgender Maßen formuliren:

Die Landesgesetzgebungen sollten fortan ihren Charakter der materiellen Vollständigkeit oder der Exklusivität und ihren Standpunkt der Isolirung völlig aufgeben!

Sie sollten also hiernach einerseits aufhören, nach der erschöpfenden Fixirung des Rechtsstoffes zu streben, und demgemäß der, auf der Grundlage der gemeinen deutschen Rechtswissenschaft fußenden, freien Bewegung des Richters keine hemmenden Schranken und äußerlichen Fesseln in den Weg legen!

Auf der anderen Seite sollten sie fortan dem Partikularismus dadurch seine gefährlichste Spitze abbrechen, daß sie durch die bewußte Anerkennung jener subsidiären Ergänzungs-Quelle, d. h. der praktischen Fortdauer der Subsidiarität des gemeinen deutschen Rechtes, eine gleichmäßige und einheitliche Fortentwicklung der Landesrechte befördern würden! Unter Bewahrung ihrer wahrhaft partikularen oder eigenthümlichen Rechtselemente, sollten sie daher auch diejenigen Bestandtheile des Rechtslebens, welche ein Gemeingut aller deutschen Staaten und Volksstämme bilden, durch die ausgesprochene Anerkennung ihrer formellen (prak-

115) Eine solche, die Kraft und Bedeutung des Gewohnheitsrechtes weder vollkommen erkennende, noch gebührend würdigende, Auffassung machte sich auch bei den Berathungen der Nürnberger Conferenz über den Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, gleich wie bei dem schließlichen Ergebnisse derselben, entschieden geltend, wie aus den von Lutz im Auftrage jener Commission herausgegebenen Protokollen Th. I. S. 10—13, Th. III. S. 884 und 885, zu ersehen ist.

tischen) Bedeutung zur bestimmten Erkenntniß, ungehinderten Lebensäußerung und normalen Entfaltung gelangen lassen!

Für diesen Zweck erscheint nun ganz vorzugsweise der Weg als geeignet, welchen die neuere Württembergische Gesetzgebung vermittelst des Gesetzes vom 13. August 1849, freilich in unbewußter Weise, betreten hat. Vor allen Dingen sollten nämlich alle diejenigen Punkte, welche eine generelle oder begriffliche oder doktrinelle Natur besitzen, also vorzugsweise fast der ganze sog. allgemeine Theil des Strafrechtes der Gesetzgebung entzogen, und der Wissenschaft zur freiesten Bildung und Entwicklung zurückgegeben werden [116]. Hierdurch würden die großen Gefahren und Inkonvenienzen vermieden werden, welche mit der äußerlichen Fixirung einer unvollkommenen Entwicklungsstufe des wissen-

---

116) Bekanntlich besteht unter den neueren Schriftstellern eine Controverse über die Frage: welche Punkte und Bestimmungen des sog. allgemeinen Theiles des Strafrechtes der Gesetzgebung, und welche der Wissenschaft zur näheren Feststellung zu überweisen seien? — zu vergl. hierüber besonders Abegg, die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft der Gegenwart, S. 119, Note 177. — Wenn ich nun auch einerseits zugestehe, daß sich hiefür keine scharfe und absolut bestimmte Grenzlinie ziehen lasse; so glaube ich dennoch andrerseits, daß der von der neueren Württembergischen Gesetzgebung eingeschlagene Weg überhaupt als ein zweckgemäßer und empfehlenswerther sich darstelle. Man kann die Normirung aller allgemeinen Begriffe und aller wahrhaft (also nicht blos in Folge einer rein subjektiven, frivolen und unbegründeten Anfechtung) controversen Rechtssätze unbedenklich der Wissenschaft überlassen. Je weniger Mißtrauen man gegen diese an den Tag legt, und je weniger man danach strebt, das wissenschaftliche Denken und das konkrete, wohlerwogene Ermessen des Richters unter das starre Joch des Gesetzes zu beugen: desto besser wird sich der wirkliche Rechtszustand gestalten. Hiemit soll aber —, wie aus der sogleich folgenden Darstellung erhellen wird, — keineswegs der gänzlichen Ausschließung der Gesetzgebung im Gebiete des Strafrechtes das Wort geredet, noch auch deren vorzügliche Bedeutung und Funktion gerade für diesen Rechtstheil verkannt oder unterschätzt werden.

schaftlichen Bildungs-Prozesses, also mit der formellen Sanktionirung mehr oder minder einseitiger Resultate der Theorie, sich nothwendiger Weise verknüpfen. Andrerseits ist auch die Gefahr einer zu großen Schwankung und Unsicherheit des Rechtszustandes von einer solchen Freigebung oder gesetzlichen Entfesselung jener allgemeinen Materien keineswegs zu befürchten. Denn theils kann die reichhaltigste Meinungs-Verschiedenheit und der lebhafteste Controversen-Kampf unter den Gerichten auch durch das gegentheilige Verfahren der gesetzlichen Bevormundung niemals abgeschnitten werden; theils darf man getrost erwarten, daß die fraglichen Differenzen der wissenschaftlichen Ansichten und Standpunkte in den realen Lebensverhältnissen ihr wirksamstes Correktiv, gleich wie in dem fortschreitenden Entwicklungsgange der Wissenschaft selbst ihre allmälige Ausgleichung finden werden [117]).

Wenn nun die Gesetzgebung in den einzelnen Ländern die hier ihr vorgezeichnete Linie einzuhalten für gut findet, so wird sie sich folgeweise immer mehr auf dasjenige Gebiet beschränken, welches wir auch für ihr wahrhaftes und spezifisches Feld halten, nämlich auf die rein positiv-rechtlichen Materien, und zwar namentlich auf diejenigen, welche mit Zahlenverhältnissen in Verbindung stehen. Sie wird demgemäß vorzugsweise solche Punkte zu normiren suchen, welche in die Sphäre des (von uns sogenannten) Gewöhnungsrechtes fallen, indem bei diesen mehr oder minder willkühr-

117) Wie viele Fragen waren noch vor einigen Dezennien controvers, welche heutzutage entweder durchaus unbestritten, oder doch mindestens von der herrschenden Meinung zweifellos festgestellt sind, z. B. hinsichtlich der Abschreckungs-Theorie überhaupt und der psychologischen Zwangstheorie Feuerbach's insbesondere; hinsichtlich des Grundsatzes: Volenti non fit injuria; hinsichtlich der Auffassung des Kindsmordes; hinsichtlich der Controverse über die Vollendung der Unzuchts-Verbrechen, 2c.!

lichen, mit partikularen Anschauungen und Bedürfnissen zusammenhängenden, Bestimmungen die Gesetzgebung dem unsichtbar arbeitenden Volksgeiste die wohlthätigste Hülfe leisten kann (zu vergl. auch Abth. I. S. 273, Note 153, Abth. II. S. 60, S. 158 und 159, rc.). In Betreff derjenigen Punkte dagegen, welche eine mehr vernunftmäßige oder rationelle Natur besitzen, und zwar namentlich in Betreff aller derjenigen Materien, welche in einem, noch zu keinem Abschlusse gediehenen und durch lebhafte Controversen charakterisirten, geistigen Gährungs-Prozesse sich befinden, wird sie vertrauensvoll der Wissenschaft die Feststellung anheimgeben, und von ihrer fessellosen Bewegung die edelste und beste Regelung des Rechtszustandes erwarten dürfen. Wir stellen also in solcher Richtung an die Gesetzgebung unserer Tage die ernste und innerlich wohl nicht unbegründete Anforderung, ihr —, freilich in einer mehr unbewußten Weise gehegtes, — Mißtrauen gegen das Gewohnheitsrecht und die Wissenschaft aufzugeben, und demzufolge auch an ihrem Theile dazu mitzuwirken, daß jenes harmonische Verhältniß und schöne Gleichgewicht zwischen den verschiedenen rechtserzeugenden Kräften im Staate hergestellt werde, welches Savigny (an dem oben S. 255 angeführten Orte) für die sicherste Bürgschaft und Grundlage eines allseitig befriedigenden Rechtszustandes erklärt.

Unserer Auffassung gemäß könnte also das Rechtsleben der einzelnen deutschen Staaten auf der thatsächlich gegebenen Grundlage ihrer besonderen Gesetzbücher seinen ungehemmten Fortgang nehmen, wofern diese nur ihre völlige Abschließung und ihre absolute Emanzipation von dem gemeinen Rechte aufgeben würden. Sobald diese die fortdauernde Existenz und die subsidiäre (praktische) Geltung des gemeinen Rechtes aus-

drücklich oder stillschweigend anerkennen wollten (wobei wir freilich in der Consequenz unseres Standpunktes der bewußten und ausdrücklichen Anerkennung den unbedingten Vorzug vindiziren müssen); so könnten sie alles Weitere getrosten Muthes der Wissenschaft überlassen. Diese würde schon den rechten Weg und die geeigneten Mittel ausfindig machen, um die Continuität der Rechtsentwicklung durch die Anknüpfung der Gegenwart an die Vergangenheit herzustellen, und durch das Zusammenfassen der herrlichen Lebensfäden dieses geistigen Entwicklungs-Prozesses die fruchtbringende Berührung des juristischen Denkens der Gegenwart mit dem der vergangenen Jahrhunderte zu unterhalten.

Unter der Voraussetzung und an der Hand der geforderten Anerkennung des fortdauernden gemeinen Rechtes könnten und sollten nun die jeweiligen Landesgesetzbücher durch entsprechende Novellen oder Revisionen den fortgeschrittenen Bedürfnissen und Anschauungen der Gegenwart die gebührende Rechnung tragen. Auch hiebei sollten sie übrigens mehr, als bisher, in bewußter und bestimmter Weise aus der Quelle der gemeinrechtlichen Wissenschaft schöpfen. In Bezug auf die allgemeinen oder spezifisch-doktrinellen Materien würde ihnen übrigens —, wie bereits zuvor bemerkt worden, — das gänzliche Unterlassen einer gesetzlichen Normirung als das geeignetste Verfahren zu empfehlen sein. Hinsichtlich derjenigen mehr oder minder willkührlichen Punkte endlich, welche —, wie wir gleichfalls schon angedeutet, — gewisser Maßen das Reservat-Gebiet des gesetzlichen Rechtes bilden, also namentlich hinsichtlich der Bestimmungen über die Arten und Größen-Verhältnisse der Strafen, sollten sie das richterliche Ermessen nicht zu sehr einzuengen und zu beherrschen streben; sondern vielmehr seiner, auf der Grundlage der seitherigen praktischen

Erfahrungen und einer gediegenen wissenschaftlichen Bildung sich bewegenden, konkreten Würdigung der Verhältnisse den gebührenden Spielraum verstatten (auf welchen Punkt in neuester Zeit namentlich Mittermaier in häufiger Wiederholung und mit verdientem Nachdrucke aufmerksam gemacht hat). Von einer mechanischen Gesetzesanwendung darf man sich überhaupt in unserer Zeit keinen befriedigenden Erfolg versprechen; wo man daher das geistige Leben gegen die Natur seines inneren Genius zu bannen und zu fesseln suchen wollte, da würde sich dessen unwiderstehliche Macht auf anderen, zuweilen wohl auch auf unangemessenen und unheilvollen, Wegen Luft und Raum zu schaffen wissen!

Manche nicht unerhebliche Vortheile für den Rechtszustand einzelner Länder ließen sich wohl auch durch die Vereinigung ihrer gesetzgeberischen Gewalten zur gemeinschaftlichen Ausführung der betreffenden Revision ihrer Gesetzbücher, beziehungsweise der Modifizirung derselben durch entsprechende Novellen, erzielen. Allein bei der auf solchem Wege stattfindenden Anstrebung einer größeren Gleichförmigkeit verschiedener Landesrechte dürfen diejenigen Momente nicht außer Augen gesetzt werden, auf welche wir bereits in der ersten Abtheilung S. 204 und 205, Note 120 und 121 hingedeutet haben.

Die wahrhafte und entscheidende Besserung des partikularistischen Rechtszustandes in Deutschland kann nun aber, meines Erachtens, nur dadurch vorbereitet und vermittelt werden, wenn die einzelnen Landesgesetzgebungen, wie bereits bemerkt worden, durch das bewußte Zurückgehen auf das gemeine Recht und durch die Wiederherstellung seiner subsidiären praktischen Geltung (oder, genauer gesprochen, durch die ausdrückliche Anerkennung seiner ohnedies stillschweigend geduldeten

Autorität) das einheitliche Band wiederzugewinnen suchen, wodurch sie alle, als die natürlichen Zweige eines und desselben Stammes, nothwendig zusammengehalten werden. Bis zu jenem Zeitpunkte aber, wo die partikularen Gesetzgebungen selbst ihren einheitlichen Zusammenhang zur klaren Erkenntniß und zur bestimmten Aussprache gebracht haben werden, liegt der Schwerpunkt der ganzen Aufgabe, wie schon seither, in der Hand der Theorie und Praxis, oder der Wissenschaft und des Gerichtsgebrauches. Diese haben den Beruf, das durch das gemeine Recht begründete einheitliche Band aller deutschen Volksstämme ganz in derselben Weise zu bewahren, zu tragen und fortzubilden, wie sie dieß seither im Laufe von Jahrhunderten, freilich mehr oder minder unbewußt, gethan haben. Die theoretischen und praktischen Schriftsteller, gleich wie die Richter, die Advokaten, &c. sollten fortan mit sicherem Bewußtsein und besonnener Energie Das zu vollbringen suchen, was sie bis zum heutigen Tage, ungeachtet der wesentlich widerstrebenden Tendenz und Grundlage der Gesetzgebung, ja sogar ungeachtet des Entgegenstehens ihrer eigenen (ausgesprochenen) Erkenntniß, gleichwohl in der That und Wirklichkeit vollbracht haben!

Das geeignete Mittel für die wesentliche Verbesserung der deutschen Rechtszustände der Gegenwart erblicke ich also keineswegs in der (namentlich von Hepp und Häberlin befürworteten) Vereinigung einer größeren oder geringeren Anzahl der einzelnen Staaten zu einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung, noch auch in der Rezeption des Gesetzbuches eines Landes von Seiten eines oder mehrerer anderen Länder (gegen welche Rezeption namentlich Mittermaier in dem erwähnten Aufsatze in der Groß'schen Zeitschrift vortreffliche Bemerkungen vorgebracht hat), sondern vielmehr in der all-

gemeinen Richtung und dem Verhältnisse sämmtlicher Partikular-Gesetzgebungen gegenüber dem wissenschaftlichen Rechte, welchem schon an und für sich die Natur des gemeinen Rechtes anklebt Nur durch die ausdrückliche Anerkennung Dessen, was in dem Wesen der betreffenden Verhältnisse an sich begründet ist; m. a. W. nur durch die bewußte Aussprache der fortdauernden Rechtsgemeinschaft von Seiten der gesetzgeberischen Faktoren der einzelnen Länder kann eine allseitig befriedigende Gestaltung des deutschen Rechtslebens vermittelst der Gesetzgebung, der Theorie und der Praxis erzielt werden. Dies ist auch, wie mir scheint, das wahrhafte Postulat, welches auf der Grundlage einer mehrhundertjährigen geschichtlichen Entwicklung von Seiten der Wissenschaft erhoben, und dessen Erfüllung von der Weisheit und Energie der gesetzgeberischen Gewalten in den einzelnen deutschen Staaten erwartet werden darf! Wofern diese Gewalten nur die einfache Forderung der bestimmten (ausdrücklichen oder stillschweigenden, übrigens in der letzteren Form auf unzweideutige Weise erklärten) Anerkennung der subsidiären Geltung des gemeinen Rechtes erfüllen würden: so hätten sie in meinen Augen einen weit bedeutenderen und fördersameren Schritt für die Rechtseinigung und eben damit für die wahrhafte Verbesserung der vorhandenen Rechtszustände gethan, als wenn sie in noch so ausgedehntem Maße zu einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung sich vereinigen wollten. Hiebei mögen dieselben übrigens die Feststellung und Erfüllung des Begriffes des heutigen gemeinen Rechtes mit rückhaltlosem Vertrauen der Wissenschaft überlassen! Denn welche von den 3 (beziehungsweise 4), in der ersten Abtheilung dieses Buches näher geschilderten und daselbst S. 10—23 kurz skizzirten, Grundauffassungen über den Begriff

und die Formirung des gemeinen deutschen Rechtes der Gegenwart auch den endlichen Sieg erringen sollte: immerhin würde dadurch ein weit besserer, gesünderer und vollkommenerer Rechtszustand begründet, als derjenige ist, welcher heutzutage bei und in Folge der völligen Isolirung der Landesgesetzgebungen besteht! —

Fassen wir nun schließlich die hauptsächlichen Zielpunkte, welche aus der hier vertretenen Auffassung des heutigen gemeinen Rechtes für die partikularen Gesetzgebungen resultiren, nochmals kurz zusammen; so können wir als solche die folgenden 3 bezeichnen:

Vor allen Dingen sollte jedes Landesgesetzbuch die fortdauernde subsidiäre Bedeutung und Geltung des gemeinen Rechtes bestimmt anerkennen, und dadurch dem wissenschaftlichen Rechte einen naturgemäßen, breiten Eingang in die Praxis der Gerichte eröffnen. Diese Einwirkung der Wissenschaft sollte sie sodann in zweiter Linie dadurch noch namhaft erweitern, daß sie alle diejenigen Elemente, welche eine vorwiegend theoretische oder doktrinelle Natur an sich tragen, also namentlich fast den ganzen sog. allgemeinen Theil des Strafrechtes, von der gesetzlichen Fixirung ganz und gar ausnehmen, und der freien Regelung durch die Theorie und Praxis rückhaltlos überantworten würde.

Endlich sollte sie auch hinsichtlich derjenigen Punkte, welche eine rein positiv-rechtliche Natur besitzen, und daher für die gesetzliche Normirung, gleich wie für die Einwirkung der partikularen Verschiedenheiten, als besonders geeignet erscheinen, dem Ermessen der Gerichte einen thunlichst freien Spielraum gestatten, damit diese auch hierin der besseren Ueberzeugung und der fortgeschrittenen Einsicht die praktische Geltung verschaffen könnten. — Erfüllt die Gesetzge-

bung mit reifer Umsicht diese Forderungen, so wird sie auch erst den Gerichten es wahrhaft ermöglichen, zu Dienern der materiellen und concreten Gerechtigkeit, dieses höchsten Prinzipes des Strafrechtes, sich zu machen, und eben dadurch den wahrhaft deutschen Sinn zu bethätigen! Denn die Richtung auf materielle Wahrheit und Gerechtigkeit darf doch wohl als ein Grundzug des deutsch-nationalen Geistes an- und ausgesprochen werden!

---

§. 22.

Wenn wir nun schließlich auch noch diejenigen Consequenzen näher zu entwickeln versuchen, welche aus unserer Grundauffassung des heutigen gemeinen Rechtes für die (bei der Abfassung von Lehr- und Handbüchern, bei der Einrichtung der akademischen Vorlesungen, ꝛc. zu befolgende) wissenschaftliche Methode sich ergeben: so stoßen wir hiebei wieder auf alle jene Verschiedenheiten der Ansichten und Gegensätze der Standpunkte, welche wir in der ersten Abtheilung der vorliegenden Schrift genauer geschildert haben. Hiernach lassen sich nun mit Rücksicht auf die Behandlung und Darstellung des gemeinen Rechtes 4 Haupt-Methoden von einander unterscheiden, welche übrigens in mannigfachen Uebergängen, Combinationen und Nüançirungen vorzukommen pflegen, nämlich die comparative oder statistische (hier und da auch die synoptische genannt), die philosophische oder spekulative, die historische (verbunden mit der kritisch-exegetischen) und die systematische oder dogmatisch-praktische Methode. Bei keiner dieser ver-

schiedenen Methoden können und sollen übrigens die anderen gänzlich ausgeschlossen und unbenützt gelassen werden, auf welche nothwendige Verbindung namentlich Abegg in steter Wiederholung, und zwar besonders auch in seiner neuesten Schrift über „die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft" S. 16—27, treffend aufmerksam gemacht hat. Es handelt sich also hier nur davon, den entscheidenden und spezifischen Grundcharakter, oder die primäre, die übrigen Beziehungen beherrschende und bestimmende, Seite der jeweiligen Methode gehörig in's Auge zu fassen.

Fragen wir nun, zu welcher Methode in diesem, zuletzt bezeichneten, Sinne der hier vertretene Standpunkt hinführe?, so können wir als solche zwar die, in der heutigen Wissenschaft herrschende, historische (oder genauer historisch-philosophische) Methode erklären; allein nur unter einer sehr wesentlichen und folgenreichen Modifikation. Wir müssen nämlich dieselbe gerade da in bedeutsamer Weise ergänzen und verbessern, wo es sich von der Darstellung des Rechtes der Gegenwart handelt, — also in dem sog. dogmatischen Theile der Wissenschaft. Zunächst wäre demgemäß die ganze geschichtliche Rechtsentwicklung in ihrem breiten Verlaufe zu schildern, m. a. W. zunächst wäre das römische, das canonische und das ältere, namentlich auch das in der CCC. enthaltene, deutsche Recht nebst seiner vollkommenen dogmengeschichtlichen, durch die Doktrin und Praxis vermittelten, Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert darzustellen. Hierauf aber müßte an letzter Stelle auch das heutige gemeine Recht erfaßt, aufgezeigt und veräußerlicht werden. Bei diesem letzteren macht sich übrigens das doppelte Element des wissenschaftlichen Rechtes geltend, welches wir schon so vielfach

besprochen haben. Bei allen controversen Punkten (deren es freilich in der Doktrin unserer Zeit bekannter Maßen nicht wenige gibt) ist es daher schlechthin nicht zu umgehen, der subjektiven Ueberzeugung des Schriftstellers oder Dozenten einen großen Spielraum und Einfluß zu verstatten. Ja es kann demselben, wofern er nur mit der erforderlichen Gründlichkeit, ernsten Gewissenhaftigkeit und aufrichtigen Wahrheitsliebe zu Werke geht, überall nicht die Prärogative verweigert werden, jene seine subjektive Ueberzeugung als das gemeine Recht der Gegenwart in dem betreffenden Punkte auszusprechen. Wir haben es ja hiebei mit demjenigen Theile des wissenschaftlichen Rechtes zu thun, welcher einzig und allein auf der Autorität seiner inneren Wahrheit beruht, und diese muß nöthigenfalls jedem Theoretiker und Praktiker zur freiesten Erforschung anheimgegeben werden, da Niemand seine eigene Ansicht als die absolute geltend zu machen berechtigt ist. Nur tritt in allen derartigen Fällen der wohlthätige, moralische Einfluß hervor, welcher (nach Savigny's vortrefflichen Ausführungen) von der Autorität gründlicher und gediegener Schriftsteller, gleich wie auch von der sog. herrschenden Meinung, ausgeübt wird.

Bei denjenigen Punkten dagegen, hinsichtlich welcher bereits aus der seitherigen Entwicklung vermöge der allmäligen Begründung einer Meinungs-Uebereinstimmung ein wissenschaftliches Gewohnheitsrecht sich heran- und herausgebildet hat, muß dieses als das heutige gemeine Recht bezeichnet werden. Hiebei kommt übrigens ein vereinzelter Widerspruch, möge er auch von der Gesetzgebung ausgehen, keineswegs in Betracht, und eine derartige Abweichung vermag die Natur und Eigenschaft jener Resultate keinesfalls zu alteriren. In der Regel treten auch derartige gemeine

Gewohnheitsrechtsätze unter der Form stillschweigender Voraussetzungen und wissenschaftlicher Vorurtheile auf. Nach solcher Richtung hin können alle diejenigen Beispiele, welche wir bereits in früheren Erörterungen, namentlich im §. 18, angeführt haben, als Belege verwendet werden. So sind z. B. nach meiner Ueberzeugung die Grundsätze, daß der Versuch stets milder zu bestrafen sei, als die Vollendung, und der Gehülfe milder, als der Urheber, für gemeinrechtliche zu erklären. Die abweichenden Bestimmungen der Württembergischen Novelle von 1849, gleich wie des neuesten Preußischen Strafgesetzbuches von 1851, betrachte ich daher als ein, durch kein partikulares Bedürfniß genügend motivirtes, Verlassen des deutsch-nationalen (ja sogar des germanischen) Standpunktes. Auch wird wohl diese Hinneigung zu der französisch-romanischen Rechtsanschauung (welche auch in manchen anderen Bestimmungen des letzterwähnten Gesetzbuches hervortritt, worauf schon Mittermaier, Temme, Hälschner, ꝛc. aufmerksam gemacht haben) an dem Gerichtsgebrauche sein sicherstes und wirksamstes Korrektiv finden.

Mit dem heutigen gemeinen Rechte, so wie dasselbe auf der breiten Grundlage seiner geschichtlichen Entwicklung in der angedeuteten Weise fixirt und zur Darstellung gebracht wird, kann nun die Betrachtung eines oder mehrerer, beziehungsweise auch eine mehr oder minder tief gehende Combination aller, Partikularrechte verbunden werden [118]). Auch können

118) Derartige comparative oder combinatorische Arbeiten können entweder eine mehr äußerliche Haltung besitzen, und auf einer blosen Zusammenstellung der übereinstimmenden und abweichenden Normen sämmtlicher Partikular-Gesetzbücher beruhen, wie dies z. B. in den Noten Mittermaier's zu dem Feuerbach'schen Compendium, in den Lehrbüchern Heffters, Marezoll's, ꝛc. durchgeführt worden ist; oder aber sie können eine innerliche und systematische Verarbeitung des ganzen partikularen

seiner Darstellung philosophische Erörterungen, dialektische Begriffsentwicklungen und naturrechtliche Construktionen in größerem oder geringerem Umfange hinzugefügt werden. Allein durch alle solche partikularrechtliche, synoptische und philosophische Schilderungen und Werke kann das gemeine deutsche (Straf-) Recht der Gegenwart weder innerlich erfaßt, noch zur äußeren Erscheinung gebracht werden. Eben deßhalb vermögen auch alle jene wissenschaftlichen Arbeiten die Erforschung des heutigen gemeinen Rechtes in dem hier verfochtenen Sinne eben so wenig überflüssig zu machen, als zu ersetzen. — Wir erkennen also den eigenthümlichen Werth und die spezifische Bedeutung jeder der verschiedenen, zuvor erwähnten, Methoden der neueren Doktrin in vollem Maße an; nur wollen wir verhüten, daß sie die Grenzen ihres besonderen Gebietes überschreiten, und ein Feld zu beherrschen suchen, welches nur vermittelst derjenigen Methode erfolgreich betreten und bebaut werden kann, welcher wir hier das Wort reden.

Die Vergleichung und Verarbeitung der übereinstimmenden und differenten Elemente sämmtlicher Partikular-Gesetzbücher hat, gleich wie die comparative Jurisprudenz oder Rechtsstatistik überhaupt, einen hohen Werth für die Gesetzgebungspolitik. Auch die philosophischen Untersuchungen und spekulativen Deduktionen besitzen eine einflußreiche Bedeutung für die wahrhafte Erkenntniß des positiven Rechtes, gleich wie auch (übrigens unter der Voraussetzung einer vor- und umsichtigen Benützung) für die Gesetzgebung. Sowohl die comparative, als die philosophische Methode können daher auch

---

Rechtsstoffes enthalten, wie z. B. die Werke von Häberlin und Köstlin. Ueber den Werth dieser beiden Methoden haben wir uns bereits in der ersten Abtheilung S. 194—196 ausgesprochen. — Zu vgl. auch ebendaselbst die Note 131 auf S. 229.

bei dem akademischen Rechtsunterrichte mit Erfolg zur Anwendung gebracht werden, wofern man nur das richtige Maß einhält, und den gehörigen Zeitpunkt für die Einführung in diese schwierigen Studien erwählt. Allein alles Dies trifft keineswegs den springenden Punkt, da und insoferne jene combinatorischen und philosophischen Arbeiten nebst ihren Resultaten und Produkten auf keinen Fall den Mangel eines realen, positiv geltenden, gemeinen Rechtes der Gegenwart zu heben, noch auch ein irgendwie genügendes Surrogat für dasselbe zu schaffen vermögen [119]).

Was nun übrigens den akademischen Unterricht, beziehungsweise die Einrichtung der juristischen Vorlesungen, insbesondere betrifft; so dürfen bei der Anwendung der genannten beiden Methoden die ernsten und großen Bedenken nicht unbeachtet gelassen, oder unterschätzt werden, welche wir (in wesentlicher Uebereinstimmung mit Wächter) im zweiten und dritten Capitel der ersten Abtheilung näher dargelegt haben. Beide Lehrweisen sind mit eigenthümlichen, subjektiven Gefahren für ein gründliches Studium des positiven Rechtes in und nach dem ganzen Reichthume seiner vielverschlungenen Detail-Bestimmungen verknüpft. Aus ihrer

119) Auf diesen Punkt lege ich einen sehr großen Werth und Nachdruck, da er am ehesten geeignet sein dürfte, zur Verständigung zu führen. So wenig es mir in den Sinn kommt, irgend einer wissenschaftlichen Richtung und Thätigkeit in den Weg treten, oder ihre Bedeutung und Schätzung irgendwie schmälern zu wollen; so möchte ich doch andrerseits der Frage eine unbefangene und sorgfältige Erwägung gewidmet wissen: ob alle jene erwähnten Arbeiten, Bemühungen, Richtungen und Methoden in unserer heutigen Wissenschaft dasjenige Ziel zu erreichen im Stande seien, welchem ich hier nachstrebe, und welches ich als eine unverrückbare Aufgabe für die fortgesetzte, unermüdliche Anstrengung der wissenschaftlichen Kräfte der deutschen Juristen mit nachdrücklicher Bestimmtheit und Ueberzeugungstreue bezeichnen zu dürfen glaube?

unbeschränkten und rücksichtslosen Anwendung bei der Einleitung in das Rechtsstudium könnte sich daher leicht die Folge ergeben, daß der oberflächliche Schein einer unverdauten Vielwisserei oder abstrakt-allgemeiner Begriffe an die Stelle der sorgfältigen, gründlichen und angestrengten Erforschung des, aus einer langwierigen und in sich vertieften, geschichtlichen Entwicklung hervorgegangenen, positiven Stoffes treten würde. In solcher Richtung dürfte wohl überhaupt die tiefe Begründung der (im zweiten Capitel der ersten Abtheilung, namentlich auf S. 187 und 188, wörtlich angeführten) Mahnungen Wächter's zur gründlichen und allseitigen Durcharbeitung eines einzigen Partikularrechtes —, etwa in Verbindung mit einem oder mehreren verwandten Landesrechten, — immer mehr von den competenten Beurtheilern erkannt, und nach Gebühr gewürdigt werden [120]). Was nun Wächter über die wünschenswerthe Beschränkung der betreffenden litterarischen Arbeiten der Schriftsteller ausführt, Dies muß natürlich in einem noch weit höheren Maße von dem ersten Rechtsunterrichte gelten, und ist von ihm selbst auch nach dieser speziellen Seite seiner Anwendung treffend beleuchtet worden. —

---

120) In einem mehr oder weniger zustimmenden Sinne haben sich über diese Auffassung Wächter's in neuester Zeit geäußert:

Hälschner, System des Preußischen Strafrechts, Bonn 1858, Vorrede S. VII—X;

H. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Tübingen 1858, Seite 18;

Fr. Walter, Lehrbuch des Baierischen Strafprozeßrechts mit Rücksicht auf andere Gesetzgebungen, München 1859, Vorrede Seite IV und V;

Th. Geßler, über den Begriff und die Arten des Dolus, Tübingen 1860, Vorrede S. VI und VII.

Mag es sich nun aber auch mit den erwähnten Bedenken gegen den (unbegrenzten) Gebrauch der beiden, hier zur Frage kommenden, Methoden für den akademischen Rechtsunterricht verhalten, wie es will: so steht für uns der eine Punkt unverrückbar fest, daß durch sie die Erforschung, Aufdeckung und Darstellung des heutigen, positiv geltenden, (formell-) gemeinen Rechtes, welche nur im Wege einer historisch-dogmatischen Untersuchung erzielt werden kann, weder entbehrlich gemacht, noch genügend ersetzt wird.

Nach unserer Auffassung gibt es also auch im Strafrechte heutzutage noch eine Dogmatik des gemeinen Rechtes. Gleich wie im Civilrechte der Faden der geschichtlichen Entwicklung keineswegs als ein abgerissener und unterbrochener erscheint, sondern vielmehr die Existenz eines heutigen, auf der Grundlage des römischen Rechtes beruhenden und aus dogmengeschichtlicher Bildung hervorgegangenen, gemeinen deutschen Privatrechtes von der herrschenden Meinung anerkannt wird: ganz so muß es auch innerhalb des Strafrechtes ein auf der gleichen (übrigens mehr von germanischen Elementen und Einflüssen beherrschten) Grundlage auferbautes, in dem gleichen Entwicklungsgange ausgebildetes und mit dem gleichen (formellen) Charakter ausgestattetes, gemeines deutsches Recht der Gegenwart geben.

Unsere Methode weicht also darin sehr wesentlich von der herrschenden Auffassung ab, daß sie den geschichtlichen Entwicklungsprozeß des deutschen Strafrechtes nicht in einen reinen Partikularismus ausmünden, und durch diesen das praktische Recht völlig erschöpfen läßt. Vielmehr verlangen wir, daß das letzte Stadium jenes geschichtlichen Verlaufes sowohl nach seiner inneren und wahrhaften

Bedeutung, als auch nach seinem materiellen Ergebnisse für das Rechtsbewußtsein (zunächst des einzelnen Schriftstellers oder Dozenten) als ein gegenwärtiges gemeines Recht erfaßt und ausgesprochen werde. Nicht also dieses oder jenes Partikular-Gesetzbuch, noch auch alle derartigen Gesetzbücher, beziehungsweise deren übereinstimmender Inhalt, bilden das letzte und einzige praktische Produkt der seitherigen deutschen Rechtsentwicklung, sondern vielmehr neben und außer ihnen das heutige gemeine deutsche Recht. In indirekter Weise erkennt ein solches Resultat auch die entgegengesetzte, namentlich von Wächter mit vollkommenster Consequenz vertretene, Auffassung an. Denn wenn dieselbe für diejenigen Länder, welche bis jetzt noch kein umfassendes Gesetzbuch besitzen, das gemeine Recht als ein fortdauernd geltendes im formellen Sinne anerkennt; so muß sie ja demselben eine praktische Ausbildung und Gestaltung, oder eine, wenn ich so sagen darf, praktische Spitze jedenfalls zugestehen. Der Umstand, daß sie diese Rechtsbildung keineswegs als eine gemeine, sondern blos als eine partikulare aufgefaßt wissen will, ändert hieran überall nichts, und erscheint als ein für die vorliegende Frage indifferentes Moment, da die praktische Aus- und Fortbildung des gemeinen Rechtes, welche zu ihrem vorzüglichsten Theile als ein Werk der gemeinen Doktrin und Praxis betrachtet werden muß, hierdurch auf alle Fälle zweifellos anerkannt, und eben damit das letzte Stadium jenes geistigen Entwicklungsprozesses nebst seinem Produkte, wenn auch innerhalb zu enger Schranken, für ein lebendiges, gegenwärtiges und im Fortschreiten begriffenes erklärt ist. Auf diese Mündung und diese Ausläufer einer mehrhundertjährigen Entwicklung der Wissenschaft und des Gerichtsgebrauches, auf dieses letzte

und reifste Ergebniß der Geschichte, welches in dem positiven Rechtsbewußtsein (also nicht in dem blos philosophirenden oder reflektirenden Bewußtsein) eines jeden wissenschaftlich gebildeten Juristen Deutschlands lebt und hervortritt, oder doch leben und hervortreten könnte, — wünschen wir das Hauptaugenmerk unserer juristischen, und zwar vorzugsweise unserer theoretischen, Mitarbeiter hinzulenken!

Aus den seither festgehaltenen Prämissen ergibt sich nun ferner auch das Verhältniß, in welchem die wissenschaftliche Bearbeitung des gemeinen Rechtes und die der Partikularrechte zu einander stehen. Zwar ist eine gründliche Durcharbeitung der letzteren als ein dringendes Bedürfniß anzuerkennen, und daher fortwährend —, unter gebührender Beachtung der, zuvor erwähnten, Mahnungen Wächter's, — die Einhaltung des Weges zu fordern, welcher auch schon seither von Manchen mit größtem Erfolge betreten worden ist. Allein so freudig wir auch das solchergestalt beginnende Aufblühen der partikularen Strafrechtswissenschaft begrüßen, deren jüngste Früchte, nämlich das Handbuch des Sächsischen und Thüringischen Strafrechts von Wächter und das Preußische Strafrecht von Hälschner, derselben eine schöne Zukunft zu versprechen scheinen: so müssen wir dennoch andrerseits der Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechtes ihre selbstständige Fortdauer mit der größten Energie zu bewahren und zu retten suchen. Ganz insbesondere darf daher das, bereits in der Abtheilung I, Note 196, S. 412 und 413 angedeutete, Moment nicht außer Acht gelassen werden, daß eine Wissenschaft der Partikularrechte überhaupt nur neben der des gemeinen Rechtes und nur auf deren Grundlage im Stande sein dürfte, ihre Existenz zu behaupten. Geht die Wissenschaft, unter unbedingter Anschließung an die Gesetz-

gebung, in dem reinen Partikularismus auf und unter, und folgt sie schlechthin dem durch diese letztere begründeten Isolirungs- und Abschließungs-Systeme: dann dürfte die, von Bekker treffend hervorgehobene, Gefahr ihres gänzlichen Verkommens und Unterganges keineswegs als eine blos eingebildete und illusorische sich erweisen [121]).

Freilich will Wächter, in Uebereinstimmung mit allen bedeutenderen Juristen der Gegenwart, die gemeinrechtliche Wissenschaft jetzt und fortan als eine einheitliche erhalten wissen, indem er dieselbe als ein unentbehrliches Mittel für die Erkenntniß der geschichtlichen Grundlage unseres heutigen Rechtszustandes, und eben damit für dessen vollkommenes Verständniß, betrachtet. Allein hierin könnte man sich leicht einer bedeutenden und folgenschweren Täuschung hingeben, und in dieser Richtung möchte ich daher namentlich der schönen, auf eine harmonische Versöhnung der desfallsigen Meinungsgegensätze gerichteten, Ausführung Abegg's in seiner neuesten (schon mehrfach erwähnten) Schrift über „die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft der Gegenwart", besonders auf S. 116—156, die folgenden Momente entgegenhalten.

Allgemein wird zugestanden, daß die Jurisprudenz eine praktische Wissenschaft sei, und daß daher die Richtung

121) Aus der gleichen Grundanschauung ist auch die folgende Aeußerung Puchta's in seinen Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. I, §§. 5—8, S. 15 geflossen: „Gemeines Recht ist das über den Landesrechten stehende; mit ihm haben wir daher die Höhe des gesammten Rechtszustandes erreicht. Es ist der Schlußstein aller jener Rechtsbildungen, der sie zusammenhält, die Wurzel, aus der sie kommen, der Stamm, der sie trägt. Sie davon losreißen, würde heißen, sie aus dem Organismus, dem sie eingeboren sind, ausscheiden; die Folge wäre, daß sie entweder ein fremdes Recht werden, oder verkommen und absterben würden."

auf das reale Leben und die Verwerthung ihrer materiellen Resultate in demselben zur Nothwendigkeit ihres Wesens, oder mit anderen Worten zu ihrem Begriffe gehöre [122]). Wofern man nun derselben mit Rücksicht auf das gemeine deutsche Strafrecht, wie es die h. z. T. herrschende Ansicht thut, eine rein geschichtliche Aufgabe und einen rein geschichtlichen Stoff unterlegt; wofern man davon ausgeht, daß die Wissenschaft des gemeinen Strafrechtes ihren Schwer- und Mittelpunkt in der Rechtsgeschichte habe, und daß es also in und für die Gegenwart keine Dogmatik derselben gebe: so hat man eben damit diese Wissenschaft ihres substantiellen Charakters und ihrer wesentlichsten Eigenschaft beraubt. Eine solche, des unmittelbar-praktischen Werthes und Berufes entbehrende, Rechtswissenschaft kann nun aber nicht lange für sich bestehen, und sie wird in dem Interesse, in der Bedeutung

---

122) Ueberaus schön spricht sich über den praktischen Charakter und Beruf der Rechtswissenschaft Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. I, §. 35, S. 104—107 aus, besonders in den folgenden, unübertrefflichen Sätzen: „Die Thätigkeit des Juristen ist auf das Recht seines Volkes gerichtet. Darin liegt die unmittelbare praktische Bedeutung seiner Wissenschaft, welche besonders in dem Namen Jurisprudenz hervorgehoben wird. Der Inhalt einer jeden Wissenschaft muß eine Anwendung auf das Leben zulassen und fordern, aber es gibt Wissenschaften, bei denen diese Anwendung eine nur mittelbare Wirkung ist. Dies sind die allgemeinen Wissenschaften, deren Anwendung durch die besonderen vermittelt werden soll, ja die durch eine unmittelbare Richtung auf die Praxis getrübt werden würden. So ist es der Philosophie nicht selten geschehen, wenn Philosophen, statt ihre eigene Aufgabe als eine positive, die höchsten Interessen des Menschen berührende, aufzufassen, und dadurch der Wissenschaft Gewicht und Ansehen zu verschaffen, es vorzogen, Staaten einzurichten, Gesetzbücher vorzuschlagen, oder eine Religion aufzustellen. Die Jurisprudenz dagegen würde umgekehrt sich selbst verlieren, wenn sie nicht die unmittelbare Einwirkung auf das Leben fortwährend im Auge behielte."

und in der Wirkung bald von derjenigen Disciplin verdrängt werden, welche den lebendigen Anschauungen und Bedürfnissen der Gegenwart dient. Nach dieser Seite hin sind ja schon seither so vielfache und bittere Klagen über die gemeinrechtliche Wissenschaft laut geworden; auch haben demzufolge Theoretiker und Praktiker in seltener Harmonie die wissenschaftliche Berücksichtigung der Partikular-Gesetzbücher verlangt und durchgesetzt. Jenes angestrengte, ja gewisser Maßen gewaltsame Streben, die Doktrin der Bearbeitung der Partikular-Gesetzbücher zuzuführen, gleich wie das gleichgültige, ja nicht selten sogar geringschätzige und feindselige Verhalten der neueren Praxis gegenüber der gemeinrechtlichen Theorie (welcher man allgemein ihren [freilich blos vermeintlich] unpraktischen Charakter zum Vorwurfe machte) liefern wohl einen klar redenden, thatsächlichen Beleg für unsere Behauptung, daß die Rechtswissenschaft ohne einen unmittelbar-praktischen Stoff nicht für die Dauer sich zu behaupten vermag.

Wenn übrigens Abegg a. a. O. S. 135—138 die Ueberzeugung vertritt, daß auch dann noch die Wissenschaft als Eine fortbestehen würde, wenn sie sich in die selbstständigen Bearbeitungen der einzelnen Partikularrechte aufgelöst hätte; so vermag ich einer solchen Annahme keineswegs beizustimmen. Vielmehr theile ich die Befürchtung Bekker's, daß aus einer solchen Zersplitterung der Kräfte und des Objektes der Verlust der Wissenschaft als einer einheitlichen und eben damit wohl auch ihr Untergang überhaupt hervorgehen dürfte. Eben so wenig, als die Deutsche, Französische Englische, Russische, 2c. Jurisprudenz eine einheitliche und in sich zusammenhängende Wissenschaft begründen: eben so wenig würden die Oestreichische, Preußische, Bairische, Württembergische, 2c. Rechtswissenschaft einen einheitlichen Organismus

zu begründen vermögen, wofern sie nicht durch ein nationales Objekt, als durch ein einheitliches Band, mit einander verknüpft wären. *Dieses einheitliche und nationale Objekt besteht nun aber in nichts Anderem, als gerade in dem gemeinen Rechte.* Die Rechtswissenschaft ist nämlich durch ihren *Gegenstand* oder ihren *Stoff* wesentlich bedingt, so daß derselbe keineswegs als ein zufälliger, willkührlicher und wandelbarer erscheint, sondern vielmehr als ein nothwendig mit ihr zusammenhängender und zugleich mit ihr gegebener. Wir betonen also *Abegg* gegenüber nicht so sehr den, von *Bekker* hervorgehobenen, *subjektiven* Mangel an ausreichenden wissenschaftlichen Kräften in den einzelnen, namentlich den kleineren, deutschen Staaten, obwohl auch dieser Mangel keinesfalls unterschätzt werden darf; sondern wir legen vielmehr den hauptsächlichsten Nachdruck auf das *objektive Moment*, d. h. auf die *Unentbehrlichkeit eines wahrhaft nationalen Stoffes und Objektes für die Rechtswissenschaft.* — Wir behaupten also, daß es eine partikularrechtliche Wissenschaft nur *dann*, *nur insoferne* und *nur insolange* geben kann, als eine gemeinrechtliche Wissenschaft besteht, und daß diese letztere hinwiederum *nur insolange* Bestand haben kann, als sie einen *unmittelbar-praktischen Stoff* besitzt, m. a. W. als das gemeine Recht selbst nicht in einer blos historischen, sondern vielmehr in einer lebendigen und gegenwärtigen Eigenschaft und Bedeutung fortbesteht. Der Stoff oder Inhalt dieses gemeinen Rechtes muß nun aber *ein auf organischem Wege erzeugter*, *oder ein naturwüchsiger* sein, und darf daher keineswegs das künstliche Produkt der subjektiven Reflexion bilden. Ein solcher *naturwüchsiger und naturnothwendiger* Stoff kann also

weder durch philosophisches Denken und Construiren, noch durch reflektirendes Vergleichen und Combiniren hervorgebracht werden, sondern vielmehr nur vermöge einer lange andauernden, gleichförmigen und constanten Uebung aller hiebei zur Frage kommenden Subjekte, m. a. W. im Wege des Gewohnheitsrechtes.

Es bewährt sich also auch hier der, namentlich von Savigny, System Bd. I. S. 14 und 15, ꝛc. mit verdientem Nachdrucke verfochtene, Grundsatz, daß das Recht nach seinem ursprünglichen Stoffe und seiner wahrhaften Substanz niemals im Wege der blosen Willkühr, beziehungsweise der zufälligen und absichtlichen Reflexion, erzeugt zu werden vermag.

---

§. 23.

Wenn wir nun die seither dargelegte Auffassung des heutigen gemeinen deutschen Strafrechtes an einem Beispiele klar zu machen versuchen wollen; so erscheint uns aus der Reihe der — bereits früher, namentlich in §§. 16 und 18, erwähnten — gemeinen Rechtssätze der folgende als ein für den Zweck dieser conkreten Veranschaulichung besonders geeignetes Material.

Werfen wir die Frage auf: Welche Bestimmung enthält das heutige gemeine Recht in Betreff der Todesstrafe?, so könnte man zum Behufe ihrer Lösung, den — früher geschilderten — verschiedenen Methoden entsprechend, die folgenden Wege einschlagen. Man könnte in Folge einer rein spekulativen Auffassung die Zulässigkeit der Todesstrafe überhaupt

verneinen, und daher ihre gänzliche Abschaffung wenigstens als ein Postulat für die künftige (Partikular=) Gesetzgebung aufstellen. Oder aber man könnte deren Statthaftigkeit von dem Boden einer solchen naturrechtlichen Anschauung aus zwar bejahen, aber ihre positive Anwendung an mehr oder minder große Schranken und an schwer oder überhaupt nicht (praktisch) ausführbare Bedingungen knüpfen. Nimmermehr jedoch wird man ernstlich behaupten können, daß diese begrifflichen Deduktionen und Standpunkte an sich schon positiv geltende, gemeinrechtliche Resultate enthalten und begründen!

Man könnte nun ferner die betreffenden Anordnungen irgend eines besonderen Gesetzbuches, z. B. des neuesten Preußischen, für gemeinrechtliche erklären, oder doch dieselben wenigstens für die Zukunft durch die Empfehlung ihrer allgemeinen Rezeption zu solchen erheben wollen. Allein auch dieses willkührliche Verfahren bedarf nicht wohl einer näheren Widerlegung (zu vergl. Abth. I. S. 343).

Endlich könnte man auch das übereinstimmende Resultat aller Partikular=Gesetzbücher als das heutige gemeine Recht bezeichnen wollen. Allein zunächst wird es sehr schwierig, ja wohl rein unmöglich sein, eine durchgängige Uebereinstimmung jener Gesetzbücher auch nur in den wesentlichsten Punkten nachzuweisen. Hiezu kommt, daß sogar in Bezug auf die Cardinalfrage selbst in neuester Zeit ein bedeutendes Schwanken und ein mannigfacher Wechsel statt gefunden hat, indem manche Gesetzgebungen die Todesstrafe abgeschafft, jedoch nach Verfluß eines kürzeren oder längeren Zeitraumes (übrigens nicht einmal alle, z. B. nicht die Legislation Oldenburg's) dieselbe wieder eingeführt haben. Unter diesen neuesten Gesetzen herrscht nun, abgesehen von dem Morde, auch hinsichtlich der mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechen eine mehr

oder minder weitgehende Differenz [123]). Wie soll sich daher aus jenen wechselnden und verschiedenartigen Bestimmungen ein gemeines Recht herstellen lassen?!

Ganz anders dagegen gestaltet sich der Sachverhalt, sobald man sich auf denjenigen Standpunkt stellt, welchen wir hier vertreten. Freilich muß auch von dem Boden unserer Auffassung aus zunächst zugegeben werden, daß wir es bei dieser so bedeutungsvollen und folgenschweren Frage leider! noch mit einem Bestandtheile des unvollendeten, in ungelöster Controverse begriffenen, wissenschaftlichen Rechtes im spezifischen Sinne zu thun haben. Doch darf wohl als die herrschende Meinung in der gegenwärtigen deutschen Doktrin und folgeweise als das heutige gemeine Recht diejenige Auffassung bezeichnet werden, welche die fortdauernde Anwendbarkeit der Todesstrafe anerkennt, die früher üblichen Schärfungen und Qualifikationen derselben dagegen für durchaus unberechtigt erklärt, gleich wie endlich einerseits die größte Sparsamkeit hinsichtlich ihrer Androhung, und andrerseits die möglichste Sicherheit und Schnelligkeit hinsichtlich ihrer Vollstreckung verlangt. Auch in Betreff der einzelnen Verbrechen, welchen diese höchste Strafe gedroht werden soll, hat sich bereits eine herrschende Ansicht in der neuesten Doktrin nahezu festgestellt, so daß daher z. B. die Bestimmung des §. 179 des (neuesten) Preußischen Strafgesetzbuches, welche den Todtschlag eines Verwandten mit der Todesstrafe bedroht, als eine, wohl schwer-

---

123) Eine Uebersicht über die desfallsigen Bestimmungen der neuesten Strafgesetzbücher, woraus entnommen werden kann, wie nicht einmal in Betreff der Begriffsbestimmung des Mordes eine völlige Uebereinstimmung unter denselben herrscht, gibt Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Seite 136—151.

lich durch irgend ein partikulares Bedürfniß genügend motivirte, Abweichung von dem heutigen gemeinen Rechte in diesem Sinne betrachtet werden müßte. —

Als die eigentliche, unmittelbare und nächste Quelle des heutigen gemeinen Rechtes, welches wir, den vorangehenden Ausführungen zufolge, als die wahrhafte und bleibende Grundlage aller Partikularrechte anerkannt wissen wollen, kann nun aber einzig und allein der wissenschaftliche Gerichtsgebrauch betrachtet werden. Je nach den verschiedenen Gesichtspunkten, von welchen man hiebei ausgeht, gestaltet sich daher auch die Auffassung der römischen und canonischen Gesetzbücher, gleich wie der Reichsgesetze und namentlich der CCC., in einer verschiedenen Weise, so daß dieselben als Quellen des heutigen gemeinen Rechtes bezeichnet werden können, oder aber nicht. Sieht man nämlich ab von der reichen, in sich vertieften und vorangeschrittenen, Rechtsentwicklung, welche seit dem 16. Jahrhundert vermittelst der Doktrin und Praxis, und zwar namentlich im 18. und 19. Jahrhundert, sich vollzogen hat: so kann man jene alten Rechts- und Gesetzbücher unmöglich mehr als Quellen für das Recht der Gegenwart gelten lassen. Unter dieser Voraussetzung sind dieselben nicht blos als alte, sondern auch als veraltete Gesetze zu betrachten. Der von Feuerbach ausgegangene Versuch, ihre unvermittelte Geltung wiederherzustellen, mußte an der Macht der wirklichen Lebensverhältnisse scheitern. Dieser sein starrer Gesetzes-Rigorismus gieng aus einer gänzlichen Verkennung des Wesens und der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes, beziehungsweise des Gerichtsgebrauches, hervor, und offenbarte daher durch sein eigenes (geschichtliches) Schicksal den ohnmächtigen Charakter eines zeitwidrigen Bestrebens.

Wofern man dagegen jenen wissenschaftlichen und gerichtsgebräuchlichen Entwicklungsprozeß seit dem 16. Jahrhundert gebührend beachtet, und dessen wesentlich umgestaltenden Einfluß auf den Inhalt der fremden Gesetzbücher und der CCC. in seiner vollen Tragweite würdiget: so kann man diese letzteren auch noch für das heutige gemeine Recht als Quellen bezeichnen. Sie bilden also solche Quellen in derjenigen Gestaltung und Auffassung, welche ihnen die deutsche Rechtswissenschaft auf der Grundlage ihrer eigenen mehrhundertjährigen Entwicklung verliehen hat, m. a. W. nach ihrem von dieser Wissenschaft ausgelegten, erweiterten, aus-, fort- und umgebildeten Inhalte. Dieser Inhalt selbst ruht und lebt aber in dem Bewußtsein der heutigen, theoretischen und praktischen, Juristen Deutschlands. —

Faßt man nun das gemeine Recht in dem seither entwickelten Sinne auf, so wird man wohl auch dem, bereits in der ersten Abtheilung S. 412 ausgesprochenen, Satze ohne Bedenken zustimmen, daß vorzugsweise die Universitäten dazu berufen sind, jenem hohen Gemeingute der deutschen Nation ihre ausdauernde Arbeit, liebevolle Pflege und opferwillige Hingebung fortwährend zuzuwenden. Vor allen Dingen erscheinen also für diesen edlen Beruf die Dozenten an den deutschen Hochschulen einerseits als befähigt und andrerseits als verpflichtet. Sie sollen daher in ihrem wissenschaftlichen Bestreben und Wirken (welchem wir übrigens hier keinerlei Schranke oder Grenze zu ziehen beabsichtigen) ihr wachsames und stetes Augenmerk jenem unsichtbaren, bedeutungsvollen und entwicklungsfähigen Lebensbande zugewandt erhalten, das alle einzelnen Stämme und Glieder der deutschen Nation mit einander verknüpft; sie sollen den Faden jener

herrlichen Entwicklung und Continuität nicht abreißen lassen, welcher durch die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des deutschen Rechtslebens sich hindurchschlingt! — Das gemeine Recht in dem hier ihm beigelegten Sinne ist also nicht als ein blos gewesenes oder vergangenes Recht aufzufassen, sondern vielmehr als ein gegenwärtiges und lebendes; nicht als ein abgeschlossenes und fertiges, sondern vielmehr als ein in fortgehender Entwicklung begriffenes; nicht als ein durch den Staat hervorgebrachtes und durch seine Verfassung bedingtes, sondern vielmehr als ein von der Nation produzirtes und getragenes; nicht als ein auf gesetzlicher Grundlage beruhendes und aus einem reinen Gesetzes-Stoffe bestehendes, sondern vielmehr als ein auf Gewohnheit und Sitte gegründetes, gleich wie in der Wissenschaft und dem Gerichtsgebrauche hervortretendes Recht.

Dieser seiner lebendigen Eigenschaft und Bedeutung gemäß muß daher dasselbe auch erfaßt, fixirt, behandelt, gestaltet und dargestellt werden. Auch innerhalb des Strafrechtes ist demzufolge dem gemeinen deutschen Rechte die Gestalt eines dogmatisch-praktischen Systemes zu geben, da nur hierdurch sowohl sein einheitlicher, organischer Zusammenhang, als auch sein, aus einer stufenmäßigen und ununterbrochenen Entwicklung heraustretender, lebendiger Charakter gehörig offenbart werden kann.

Gegen eine solche, mit bestimmtem Bewußtsein aufgenommene und durchgeführte, dogmatische oder systematische Behandlung des gemeinrechtlichen Materiales innerhalb des Strafrechtes können übrigens die von Seiten der Praxis erhobenen Klagen über dessen Unbrauchbarkeit für die Befriedigung der wirklichen Lebensbedürfnisse keineswegs in Betracht kommen. Diesen Klagen und Beschwerden über die vermeint-

liche Mangelhaftigkeit der gemeinrechtlichen Theorie vermag man nämlich nicht dadurch in der geeigneten und ausreichenden Weise zu begegnen, daß man die seitherige Methode in der wissenschaftlichen Behandlung des gemeinen Strafrechtes aufgibt, und blos je das betreffende Partikularrecht, oder beziehungsweise den übereinstimmenden Inhalt sämmtlicher Partikularrechte, als das ausschließliche praktische Recht der Gegenwart auffaßt und darstellt. Vielmehr muß die Art und Weise der Verarbeitung und Behandlung des Stoffes, welche bis in die neueste Zeit fast alle Verfasser von strafrechtlichen Lehrbüchern beobachtet haben, also namentlich Wächter selbst, Abegg, Mittermaier, (Feuerbach), Heffter, Marezoll, Martin, Jarcke, Baur, Luden, &c. — im Allgemeinen auch fernerhin beibehalten, und nur das Bewußtsein über den Charakter und die Bedeutung des solchergestalt (geschichtlich) ermittelten und aufgerollten Stoffes muß wesentlich geändert werden; was freilich nicht verfehlen kann, auch auf die Fassung, Abgrenzung, Füllung und Gestaltung jenes Inhaltes einen rückwirkenden Einfluß von großer Tragweite zu üben!

Daß es aber dem gemeinrechtlichen Stoffe, dessen man sich auf dem angedeuteten Wege bemächtigt, keineswegs an einer ausgedehnten, durch mannigfaltige Kanäle hindurchströmenden und überaus fruchtbaren Bedeutung für die unmittelbar-praktische Rechtsanwendung fehle: Dies dürfte doch wohl aus vielfachen früheren Erörterungen (namentlich in den §§. 16—19) mehr, als zur Genüge erhellen. Hierdurch wird nun aber zu gleicher Zeit die Grundlosigkeit der erwähnten, so vielfachem Anklange begegnenden, Klagen der Praktiker, als ob alle wissenschaftlichen Ausführungen über jenes gemeine

Recht zwar theoretisch sehr interessant, aber praktisch durchaus unbrauchbar seien, zur vollsten Evidenz dargethan. Wenn freilich die Verfasser jener Lehrbücher des deutschen Strafrechtes ihren Deduktionen die unmittelbare Anwendbarkeit in und für das Leben dadurch selbst absprechen, daß sie hiefür eine Sanktionirung durch das betreffende Partikularrecht verlangen; wenn sie also den von ihnen entwickelten (materiellen) Resultaten durch die Beilegung eines rein geschichtlichen Charakters oder einer blos moralischen Autorität die praktische Spitze selbst abbrechen: so kann man doch nicht füglich erwarten, daß die Praktiker diesen Resultaten einen größeren Werth und eine lebendigere Wirkung zugestehen werden, als deren Urheber selbst, d. h. die Theoretiker! Anstatt also den innerlich unbegründeten, von der Seite der Praxis her erhobenen, Klagen über die Unfruchtbarkeit der gemeinrechtlichen Theorie entgegenzutreten, und durch die Aufdeckung des wahren Sachverhaltes sowohl ihre eigene Ehre zu retten, als auch jene zu sich zurückzurufen, — steht vielmehr diese Theorie im Begriffe, sich selbst aufzugeben, und gewisser Maßen feurige Kohlen auf den Häuptern ihrer Gegner zu sammeln!

Der wissenschaftlichen Bearbeitung der Partikularrechte sind wir —, was wir bereits wiederholt ausgesprochen haben, — auch nicht entfernt gemeint, irgendwie in den Weg zu treten, und wir gestehen unbedenklich zu, daß durch diese, in neuester Zeit mit großem Erfolge eingeschlagene, Richtung ein Mangel der früheren Theorie ausgeglichen und gehoben worden. Allein dagegen müssen wir mit allem Nachdrucke protestiren, daß jene alte Einseitigkeit mit einer neuen vertauscht werde, und daß daher die frühere Mißachtung der Partikularrechte in die des gemeinen Rechtes umschlage! Ja wir nehmen keinen Anstand, diesen Mangel für einen weit gefährlicheren

und folgenschwereren zu erklären, als jenen älteren. Denn gegenüber der Unterschätzung der Bedeutung der, durch die neueren Gesetzbücher bestimmten und beherrschten, partikularen Rechtsentwicklung war ein unvermeidliches Correktiv in den fühlbaren und drängenden Bedürfnissen des realen Lebens gegeben. Gegenüber der Verkennung der wahrhaften Bedeutung des gemeinen Rechtes fehlt es aber an einem solchen mächtigen Correktive; ja sogar das praktische Leben nebst seinen unmittelbaren Bedürfnissen gewährt derselben eine scheinbare Hülfe und Unterstützung. Um so ernster, dringender und energischer ergibt sich daher die Mahnung für die Theorie und ihre Vertreter, den nahenden, keineswegs leeren und eingebildeten, Gefahren für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Rechtsleben durch ihre spontane Erhebung, gleich wie durch ihren mächtigen Anstoß zu begegnen, ehe es zu spät ist!

---

§. 24.

Aus den seither gegebenen Ausführungen erhellt, daß wir unsere Gegenwart als ein normales Stadium in der geschichtlichen Entwicklung des gemeinen Rechtes auffassen, und von der Ueberzeugung ausgehen, daß der Gang dieser Entwicklung *im Allgemeinen und Wesentlichen* seinen seitherigen Grundcharakter nicht verändert hat (zu vergl. auch *erste Abtheilung*, S. 413). Auch in der heutigen Zeit vollzieht sich also, unseres Erachtens, die deutsche Rechtsbildung und Rechtsentwicklung in *der* Art, daß neben den mannigfaltigen Partikularrechten ein gemeines Recht sich erhält und fortbewegt, welches als ihre Grundlage, gleich wie als ihr ergänzender, belebender und fortbildender Faktor anerkannt werden muß. Nur in der *äußeren Form* dieses

Bildungsganges hat sich seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts eine Veränderung ergeben, indem die weitaus größere Masse des Rechtsstoffes in der Gestalt und durch das Mittel der Partikular-Gesetzgebungen erzeugt, fixirt und fortentwickelt wird. Allein Dies begründet nur einen Form- oder Grad-, keineswegs einen Wesens- oder Sach-Unterschied, also blos eine quantitative, keineswegs eine qualitative oder generische Verschiedenheit; was wir ja auch bereits wiederholt ausgeführt haben.

Wenn daher Wächter die Zeit zwischen der CCC. und der Mitte des 18. Jahrhunderts als die eigentliche Glanz-Periode des gemeinen Rechtes bezeichnet (Abtheilung I. Seite 40—42); so kann eine derartige Charakterisirung jenes älteren Rechtszustandes von unserem Standpunkte aus nicht wohl als eine richtige anerkannt werden. Nur wenn und insoweit man nämlich unter dem gemeinen Rechte blos die geschriebenen Gesetze und Gesetzbücher (das jus scriptum) versteht, kann man jenen Zeitraum als einen solchen bezeichnen, worin deren Herrschaft eine vorzügliche Bedeutung hatte, übrigens nicht einmal in einer strikten und ausnahmslosen Weise. Denn auch damals entwickelte, was Wächter selbst zugesteht, der vornehmlich auf die Autorität Carpzov's gestützte und von den Juristen-Fakultäten beherrschte Gerichtsgebrauch eine fruchtbringende Thätigkeit, in deren Folge der Inhalt der CCC. vielfach modifizirt und umgestaltet wurde. Freilich schöpfte dieser Gerichtsgebrauch seine Hauptnahrung aus den römischen und canonischen Gesetzbüchern in der von der italienischen Jurisprudenz ausgehenden Auffassung und Auslegung derselben. Allein auf solchem Wege dienten die damaligen Juristen Deutschlands in der That und Wahrheit nur den Anschauungen und Bedürfnissen ihrer Zeit, indem sie dem neu erwachten

wissenschaftlichen Drange und Sinne, welchem die CCC. nach ihrer ganzen Tendenz und Einrichtung nicht zu genügen vermochte, durch die (in jenem Momente auch im Strafrechte sich vollendende) Rezeption des römischen Rechtes, wenn auch zunächst in einer wenig vollkommenen Weise, die entsprechende Befriedigung zu verschaffen suchten.

Die eigentliche Blüthe- und Glanz-Periode des gemeinen Rechtes wird vielmehr, meiner Ueberzeugung nach, erst in der Zukunft eintreten. Erst dann nämlich, wenn im Verlaufe und durch das Medium einer voranschreitenden wissenschaftlichen Entwicklung es gelingen sollte, die vollkommene Erkenntniß Dessen zu erlangen, was wahrhaft gemein oder allgemein (national-deutsch), und was wahrhaft partikular, beziehungsweise Dessen, was wahrhaft deutsch, und wahrhaft römisch ist; erst dann, wenn in Folge der solchergestalt bewirkten Durchsichtigkeit der verschiedenartigen Elemente des vorhandenen Rechtsstoffes die spezifisch-gemeinen Bestandtheile desselben in einem nationalen Gesetzbuche gesammelt und ausgesprochen werden könnten: erst dann würde auch das höhere, schönere, blüthenreichere und fruchtbarere Leben des gemeinen Rechtes beginnen. Es läßt sich übrigens ohne große Propheten-Gabe bestimmt vorhersagen, daß jener glänzende Zeitpunkt unseres Rechtslebens ein noch in weiter Ferne hinausgerückter sein dürfte, da für die Ermöglichung der verlangten Scheidung des Rechtsstoffes nach der materiellen (inneren) Natur und qualitativen oder spezifischen Beschaffenheit seiner einzelnen Elemente ganz andere Forschungen, Untersuchungen und Vorarbeiten vorausgesetzt werden, als diejenigen sind, welche seither, und zwar namentlich von den Bearbeitern der Partikularrechte, angestellt und ausgeführt worden sind!

Aus allen vorausgegangenen Deduktionen ergibt sich nun das Resultat, daß wir für die Methode des akademischen Rechtsunterrichtes und der wissenschaftlichen Bearbeitung des deutschen Strafrechtes unserer Zeit im Allgemeinen die Beibehaltung ihres seitherigen (historischen) Charakters befürworten. Nur wünschen wir den Zwiespalt auszugleichen, welcher zwischen dem Thun oder Verhalten der heutigen juristischen Schriftsteller und Dozenten in Deutschland und ihrem ausgesprochenen Bewußtsein besteht. Wenn nämlich an allen deutschen Universitäten Vorlesungen über das gemeine deutsche und das jeweilige partikulare (Preußische, Bairische, Sächsische, Württembergische, ꝛc.) Strafrecht angekündigt und gehalten werden; wenn die Verfasser von Lehr- und Handbüchern des Strafrechtes aus allen deutschen Ländern denselben die Titel vorsetzen: „gemeines in Deutschland geltendes“, oder „gemeines deutsches“, oder auch blos „deutsches“ Strafrecht [124]): so wollen wir diese und ähnliche Bezeichnungen im eigentlichen und strikten Sinne genommen wissen, also nicht etwa in dem, von Wächter ihnen unterlegten, uneigentlichen und rein historischen Sinne eines ehemaligen (also blos sogenannten) gemeinen Rechtes (zu vergl. Abth. I. Note 32, S. 51). Wir wollen also die seitherige Behandlung des Strafrechtes von Seiten der deutschen Schriftsteller und Lehrer innerlich zu rechtfertigen, und dadurch zugleich den Nachweis zu führen suchen, daß zwar dieses ihr stillschweigendes Thun und Benehmen der

124) Eigentlich und streng genommen müßte in Gemäßheit der entgegengesetzten, h. z. T. herrschenden (Wächter'schen), Auffassung der Titel jener Vorlesungen und Bücher lauten: „Die Geschichte des deutschen Strafrechtes, beziehungsweise die Philosophie des Strafrechtes, und das Preußische, Württembergische, Badische, ꝛc. Strafrecht.“

Natur der Verhältnisse, beziehungsweise der durch diese begründeten Nothwendigkeit, entsprochen habe, keineswegs aber auch die von ihnen ausdrücklich aufgestellte und bekannte Theorie. Auch hier tritt uns demzufolge in einer eigenthümlichen Anwendung der, so häufig stattfindende, Zwiespalt zwischen der Praxis und der Theorie entgegen, d. h. zwischen dem reellen Handeln und thatsächlichen Verhalten einerseits und der bewußten (formellen oder theoretischen) Erkenntniß andrerseits. Alle jene Schriftsteller und Dozenten wissen und lehren nicht Das, was sie thun; und umgekehrt handeln sie nicht Dem gemäß, was sie als theoretisches Prinzip aufstellen und bekennen [125])!

In diesem Sinne habe ich nun auch in der ersten Abtheilung S. 401 und 402, S. 412 ff. die Behauptung verfochten, daß den Verfassern der neueren Lehr- und Hand-

125) Der tiefere Grund dieses Zwiespaltes dürfte vielleicht darin gefunden werden, daß die geschichtliche Anschauung —, deren charakteristisches Wesen Savigny in dem höchst beachtenswerthen Vorworte zur „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" auf eine wundervolle Weise geschildert, und von welcher er in seiner Schrift über den „Beruf unserer Zeit" S. 116 behauptet, daß ihre schwerste Anwendung gerade darin bestehe, sie gegen uns selbst zu kehren, — keineswegs noch nach ihrer wahrhaften und materiellen Bedeutung erfaßt, und noch nicht zur vollkommenen Ueberwindung ihres Gegensatzes durchgedrungen ist. In diesem Punkte ist vielmehr ein großer Theil der heutigen Juristen in unbewußter Weise noch von derjenigen (durch die sog. historische Schule bekämpften) Grundauffassung des Rechtes beherrscht und bestimmt, welche im Anfange unseres Jahrhunderts die Grundlage der Wissenschaft und der Gesetzgebung bildete. Es bewährt sich also auch hieran ein anderweitiger Ausspruch Savigny's a. a. O. S. 113, nämlich: „Die Richtung der Gedanken, die Fragen und Aufgaben werden auch da noch durch den vorhergehenden Zustand bestimmt sein, und die Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart wird sich auch da äußern können, wo sich die Gegenwart absichtlich der Vergangenheit entgegensetzt." — Zu vergl. auch Abth. I. S. 413, Abth. II. Seite 21, Note 9 und S. 42, Note 12. —

bücher des Strafrechtes das Bewußtsein ihres eigenen Thuns fehle. Zwar hat Abegg in seiner mehrerwähnten, trefflichen Schrift über „die Berechtigung der deutschen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart", S. 58, Note 85 und S. 145, dieser Behauptung den Umstand entgegengehalten, daß sie die beiden, wohl von einander zu trennenden, Classen von Juristen, nämlich diejenigen, welche die lebendige Fortdauer des gemeinen Rechtes läugnen, und diejenigen, welche eine solche mehr oder minder anerkennen, in eine unterschiedslose Masse zusammenwerfe. Allein gerade in diesem unbewußten und unfreiwilligen Zusammentreffen der genannten beiden Classen der heutigen Juristen erblicke ich das charakteristischste Merkmal des Gewohnheitsrechtes. Weil sie nämlich alle hierin, d. h. in ihrem thatsächlichen Verhalten, übereinstimmen; weil wir es also hier mit einer gemeinschaftlichen Uebung oder einer allgemeinen Gewohnheit zu thun haben, können und dürfen wir auch die Realität einer ihr zu Grunde liegenden und in ihr sich aussprechenden Volksüberzeugung, m. a. W. eines Gewohnheitsrechtes, erschließen. Wenn sie alle deutsches Recht darzustellen suchen; wenn sie alle die Fortdauer einer einheitlichen, um einen und denselben (wenn auch blos historischen) Mittelpunkt sich bewegenden, Rechtswissenschaft für die Gegenwart anerkennen, und für die Zukunft erstreben: so stellt sich diese materielle und thatsächliche Uebereinstimmung in meinen Augen keineswegs als ein Ergebniß der Willkühr oder des Zufalles, sondern vielmehr als ein Ausfluß der inneren Nothwendigkeit dar. Als den wahrhaften Grund dieser letzteren betrachte ich fernerhin den in allen theoretischen und praktischen Juristen Deutschlands sich wirksam bethätigenden Volks- oder National-Geist. — Wenn nun aber ein Theil jener Juristen ein

deutsches Strafrecht darstellen, und eine Wissenschaft desselben forterhalten will, ohne die gleichzeitige formelle Fortdauer eines einheitlichen und gemeinen Rechtes anzuerkennen: so besteht ein Zwiespalt zwischen ihrem eigenen, in Schriften und Vorlesungen sich stillschweigend äußernden, Thun und ihrer ausgesprochenen Lehre. Wenn dahingegen ein anderer Theil jener Juristen das gemeine Recht als solches, d. h. als ein lebendiges, gegenwärtiges und formell geltendes, zur Darstellung bringen will, gleichwohl aber gegen die entgegengesetzte Auffassung Wächter's keinen entschiedenen Widerspruch erhebt, indem diese Schriftsteller glauben, daß beide, diametral einander entgegengesetzte, Standpunkte sich irgendwie combiniren und versöhnen lassen: so fehlt ihnen wenigstens das gehörige und ausreichende Bewußtsein ihres eigenen Thuns. Denn zwischen der (formellen) Existenz und der Nichtexistenz eines Rechtes liegt nichts in der Mitte; beide lassen sich nicht mit einander vereinigen. Wer die rein historische oder rein materielle Existenz eines Rechtes behauptet, Der spricht ihm eben damit den formellen Charakter, die äußerlich verbindliche oder gesetzliche Autorität und die konkrete Existenz ab; denn Beides ist vollkommen tautologisch. Mag man nun jener Auffassung so viele Modifikationen und Restriktionen beifügen, als man will; so wird man dennoch hierdurch den springenden Punkt nicht zu treffen, d. h. die bestehenden Gegensätze nicht zu vereinigen oder auszugleichen vermögen! — Ein blos gemeinsames Recht ist noch kein gemeines im eigentlichen und strikten Sinne; ein blos in Partikularrechten eingehülltes, gleich wie blos durch ihr Medium sich aussprechendes, materiell-gemeines Recht ist kein nationales und organisch entstandenes, m. a. W. wiederum kein

gemeines im eigentlichen und wahrhaften Sinne. Diese Sätze erkennt Wächter selbst entschieden an, und hat sie auch mit gewohnter Schärfe und Präzision mehrfach ausgesprochen (vergl. Abtheilung I. S. 32 und 33, S. 48—51, 2c.). — Wer sich nun aber auf einer Mittelstufe bewegt, und die geschilderten, prinzipiellen Gegensätze der Standpunkte in irgend einer Weise zu combiniren sucht; Wer namentlich die Wissenschaft des gemeinen Rechtes als eine für die Gegenwart und Zukunft berechtigte und einen einheitlichen Organismus bildende Potenz anerkennt, und gleichwohl nicht zugesteht, daß dieselbe als solche einen formellen Charakter besitze, d. h. eine wahrhafte Rechtsquelle begründe, und daß daher ihre fixirten (materiellen) Ergebnisse als ein Gewohnheitsrecht, ihre flüssigen oder beweglichen Elemente (also vorzugsweise alle controversen Sätze) als ein wissenschaftliches Recht, und das Fazit ihrer gesammten produktiven Thätigkeit endlich als ein Juristenrecht zu betrachten sei: von Dem muß ich — nach, wie zuvor, — behaupten, daß er zur vollkommenen Erkenntniß des hier obwaltenden Sachverhaltes nicht hindurchgedrungen. Wenn nun hiezu noch der Umstand kommt, daß ein Schriftsteller in Betreff der leitenden Grundbegriffe und Prinzipien (über die Rechtsquellen überhaupt, das Gewohnheitsrecht und wissenschaftliche Recht insbesondere, 2c.) den richtigen Standpunkt mit größter Meisterschaft und tiefster Beherrschung vertritt, und gleichwohl deren consequente Anwendung auf den bedeutungsvollsten Punkt, nämlich auf die Frage nach der heutigen Existenz und Bedeutung des gemeinen Rechtes, nicht vollzieht —, wie Dies namentlich Abegg noch in seiner neuesten, so sehr schätzbaren Schrift über „die Berechtigung der deutschen Strafrechts-Wissenschaft" thut —: so kann ich in einem solchen Verhalten nur eine

unbewußte Disharmonie erblicken, deren Beseitigung als ein Hauptziel für die Deduktionen der gegenwärtigen Schrift erscheint [126]). —

Woher kommt es, daß allen Juristen des vorigen Jahr=

---

126) Abegg a. a. O. S. 58, Note 85 und S. 145 wirft mir auch vor, daß ich den behaupteten Mangel des Bewußtseins auf die Wissenschaft selbst bezogen hätte, während doch eine Wissenschaft ohne Selbstbewußtsein keine solche wäre, und keine Berechtigung haben würde. Allein die ganze desfallsige Differenz unserer beiderseitigen Auffassungen reduzirt sich darauf, daß Abegg das abstrakte oder begriffliche Wesen der Wissenschaft zum Ausgangspunkte der Betrachtung macht, ich dagegen deren concrete Existenz und reale Erscheinung. Auf das Unzweideutigste spricht Abegg diesen seinen Standpunkt auf S. 22 in dem Satze aus: „Die Wissenschaft ist als besondere, so wenig wie überhaupt, eins mit der Summe sichtbarer Leistungen der sie in einem bestimmten Zweige bearbeitenden Personen." — Zu vergl. auch S. 135 seiner mehrbesprochenen Schrift. — Da ich nun meinestheils die Wissenschaft in den sichtbaren und realen Leistungen ihrer Vertreter auf= und untergehen lasse; da ich ferner ihre Objektivität gerade darin suche, daß sie als ein allgemeines, einen größeren Kreis von Individuen beherrschendes, Bewußtsein sich darstelle: so vermag ich ihr insolange kein wahrhaftes Selbstbewußtsein zuzuschreiben, als dieses letztere auf eines oder einige Individuen beschränkt ist. Jenen Mangel der Objektivität zu heben, ist nun aber das Hauptbestreben und der höchste Sinn der gegenwärtigen Schrift.

Daß übrigens „die stille und in einer gewissen Hinsicht bewußtlose Arbeit (z. B. bei Verfolgung eines anderen nächsten Zieles, aber auch allgemeiner) mit dem Wesen der Wissenschaft bewußt, d. h. also auch Wissen zu sein, nicht im Widerspruche stehe," erkennt Abegg a. a. O. S. 145 selbst an. — Das spezifische Leben und das charakteristische Wesen des Gewohnheitsrechtes, und zwar auch desjenigen, welches in und durch die Bethätigung der wissenschaftlichen Juristen sich offenbart, besteht darin, daß es zunächst als innerliche Macht das Thun und Lassen der betreffenden Individuen in einer ihnen unbewußten Weise während eines längeren Zeitraumes regiert, und daß es erst hierauf an das Tageslicht des Bewußtseins tritt, welches letztere freilich zunächst Einer (oder auch Einige) bestimmt aussprechen muß!

hunderts das Bewußtsein der Aufhebung des gemeinen Rechtes absolut fehlte, obwohl in Bayern, Oestreich und Preußen diese Aufhebung in der unzweideutigsten Weise ausgesprochen worden war? Woher kommt es, daß sie sich überall nicht der tiefen und folgenreichen Rechtsänderung bewußt geworden, welche nach der h. z. T. herrschenden Auffassung durch jene legislatorischen Maßregeln sich vollzogen haben soll? Wächter findet hierin einen, schwer zu erklärenden, subjektiven Mangel der damaligen Juristen, während ich hierin vielmehr das Resultat einer objektiven (inneren) Nothwendigkeit erblicke; Wächter macht ihnen jenes Verfahren zum Vorwurfe, während ich ihnen dasselbe zum größten Ruhme anrechnen würde, wofern ich es nicht als ein unbewußtes, durch höhere, außer dem Willen und der Macht der Einzelnen gelegene, Gründe bestimmtes Verhalten bezeichnen müßte, welches ihnen daher eben so wenig zum Lobe, als zum Tadel gereichen kann! —

Der von uns hier vertretene Standpunkt hat nun aber — neben so vielen anderen wünschenswerthen Consequenzen — auch eine große Erleichterung in der Beherrschung des heutigen, so sehr verwickelten und zerfahrenen, Rechtszustandes in Deutschland zur Folge. Wir wollen zwar der Bequemlichkeit, gleich wie der Scheu vor angestrengter und mühsamer Arbeit nicht in der entferntesten Weise das Wort reden. Allein auf der anderen Seite dürfen doch auch die ernsten, von Thibaut und Savigny gleichmäßig gewürdigten, Schwierigkeiten und Gefahren nicht übersehen oder unterschätzt werden, welche aus der immer mehr sich anhäufenden und aufthürmenden Masse von zerstreutem Stoffe sich ergeben, und welche auch der redlichsten, eifrigsten und unverdrossensten Anstrengung des einzelnen Bearbeiters es nicht mehr verstatten, eines solchen riesenhaft angeschwollenen Materiales in

vollkommener Weise Herr zu werden. Je schwerer aber die geistige Bewältigung des uns umgebenden Rechtsstoffes wird, desto mächtiger wird sich das Bedürfniß, desto entschiedener der Drang nach dessen Vereinfachung geltend machen. Diese Vereinfachung kann und soll aber nur von der Wissenschaft ausgehen, da nur sie die leitenden und verbindenden Fäden des ganzen Netzes herauszufinden befähigt ist. Ohnedies könnte jene Entwirrung oder „Simplifizirung" leicht den Charakter des Zerhauens des gordischen Knotens annehmen! Man könnte sich namentlich leicht versucht fühlen, dem Beispiele Justinian's zu folgen, und durch die alsbaldige Abfassung eines allgemein-deutschen Gesetzbuches eine Concordienformel festzustellen, welche dazu bestimmt wäre, das Heil der juristischen Welt für alle Zukunft zu begründen! Bei einem solchen Versuche, die obwaltenden Schwierigkeiten unseres Rechtszustandes gewaltsam zu lösen, würde weiter nichts fehlen, als daß man auch in dem Verbote der wissenschaftlichen Auslegung und Bearbeitung des neuen Gesetzbuches (Abtheilung I. Note 76, S. 122 und 123) Justinian nachzuahmen suchte!

Es kommt uns freilich nicht in den Sinn, auf die hier berührte Seite den hauptsächlichen Nachdruck zu legen; allein als ein sekundäres Moment hat dieselbe einen triftigen Anspruch auf Beachtung. Es erscheint daher auch als ein erwünschtes Resultat, daß die aus der richtigen Auffassung fließenden Consequenzen hinsichtlich der praktischen Ausführbarkeit gleichfalls den unbedingten Vorzug vor denen verdienen, welche die entgegengesetzten Standpunkte (namentlich der Standpunkt der comparativen Jurisprudenz) mit sich führen. Soll demzufolge auch auf diesen Punkt kein zu großes Gewicht gelegt werden; so ist doch auch andrerseits dessen Bedeutung nicht zu geringe anzuschlagen, da es sich hiebei um die Lösung

praktischer Aufgaben handelt, welche Lösung aber als eine mögliche, nicht als eine mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpfte, sich darstellen muß! — In der angedeuteten Richtung haben nun zwar in der neuesten Zeit manche Schriftsteller, namentlich Häberlin, Köstlin, Berner, Bekker, rc. sehr schätzbare Arbeiten geliefert, in welchen der massenhafte Stoff der Partikularrechte troß seiner widerstrebenden Natur nach Thunlichkeit verarbeitet worden ist [127]). Allein bei aller Anerkennung des hiefür aufgebotenen, enormen Fleißes und der hiebei bethätigten, großen Talente ihrer Verfasser — werden sich in jenen Schriften gleichwohl mancherlei Mängel und Irrungen im Einzelnen, gleich wie hier und da auch eine erhebliche Unvollständigkeit und Dürftigkeit nachweisen lassen. Auch diesen bedeutenden Leistungen der jüngsten Tage gegenüber behalten somit die wohlerwogenen Bedenken ihre volle Kraft, welche Wächter gegen die Anwendung der comparativen Methode bei der Bearbeitung der Partikularrechte überhaupt geltend gemacht, und welche wir schon seither vielfach besprochen haben. Nicht sowohl die, in dieser Linie sich bewegenden, subjektiven Bestrebungen trifft also ein Vorwurf, als vielmehr die, denselben zu Grunde liegende, Richtung des wissenschaftlichen Kraftaufwandes an sich und überhaupt. Auf solchem Wege läßt sich wohl, selbst bei der angestrengtesten Thätigkeit und der vollkommensten Leistung, dasjenige Ziel niemals erreichen, welches

127) Eine sehr verdienstliche und in hohem Grade anerkennenswerthe Bearbeitung des Strafprozesses aus dem gleichen Gesichtspunkte hat Planck, systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857, geliefert. Ueber die Grundlage und Hauptmotive seines Standpunktes spricht sich die Vorrede S. III—VIII näher aus.

wir der deutschen Strafrechtswissenschaft als ihren wahrhaften Mittelpunkt vorgezeichnet haben, und von dem wir wünschten, daß es eben sowohl ihren Ausgang und ihre bleibende Grundlage, als auch ihr Ende und ihren höchsten Gipfelpunkt bilden möchte!

Neben, ja sogar vor allen auf den partikularrechtlichen Stoff gerichteten Bemühungen haben daher, unserer Auffassung gemäß, diejenigen Arbeiten fortwährend einen Anspruch auf reges Interesse und nachhaltige Theilnahme, welche der Erforschung, Feststellung und Bewahrung des gemeinen Rechtes gewidmet sind. Gleich wie also das gemeine deutsche Strafrecht anerkannter Maßen seit mehreren Jahrhunderten das Centrum aller wissenschaftlichen Bestrebungen in der Art gebildet hat, daß die hervorragendsten Kräfte und das vorzüglichste Interesse der Theorie sich ihm zugewendet haben (zu vergl. Abtheilung I. S. 253 und S. 411 und 412): so soll und möge dasselbe diese seine unschätzbare Bedeutung für die Gegenwart und für die Zukunft bewahren! Um diesen Mittelpunkt mögen daher — nach, wie zuvor, — die wissenschaftlichen Strebungen und Produktionen innerhalb des Strafrechtes sich sammeln und gruppiren; im gemeinen Rechte mögen sie fortan ihren Einheitspunkt suchen und finden! Kein Objekt irgend welcher Art vermag ein genügendes Surrogat für dieses unschätzbare Gemeingut der deutschen Wissenschaft zu begründen; und es läßt sich —, ungeachtet der noch in der neuesten Zeit von höchst competenter Seite her (namentlich von Wächter und Abegg) geltend gemachten Einwände, — die ernste und schwere Besorgniß nicht unterdrücken, daß zugleich mit seinem wahrhaften (formellen) Untergange auch die Strafrechtswissenschaft untergehen, oder doch mindestens von ihrer gegenwärtigen Höhe herabsteigen, den Charakter

einer mehr oder minder mechanischen Gesetzeskenntniß annehmen, und endlich einerseits zu einer unselbstständigen Dienerinn der Bedürfnisse des Tages herabsinken, gleich wie andrerseits in den luftigen Regionen des abstrakten Denkens, des subjektiven Construirens und des (vereinzelten) philosophischen Spekulirens sich verlieren könnte! —

Was Savigny seiner Zeit (in dem Jahre 1814) für das bürgerliche Recht anstrebte, Das halte ich auch noch in dem gegenwärtigen Momente in Betreff aller Theile und Disciplinen des Rechtes, und zwar vorzugsweise in Betreff des Strafrechtes, für das wünschenswertheste Ziel, nämlich: „die Conzentration der wissenschaftlichen Bestrebungen der Nation auf dasselbe Objekt.“ Dieses Objekt, welches den Einheits- und Mittelpunkt des wissenschaftlichen Bestrebens, Wirkens und Schaffens der deutschen Juristen —, gleich wie seither, so auch fortan, — bilden möge, ist nun aber nichts Anderes, als das gemeine deutsche Recht der Gegenwart in der hier vertretenen Bedeutung!

Pfeiffer, Leopold

Das gemeine deutsche Strafrecht der Gegenwart

Bd.: 2

Tübingen 1858 - 60